ن. ج. كولسون

في تاريخ التشريع الاسلامي

ترجمة وتعليق
د. محمد احمد سراج

مراجعة
د. حسن محمود عبد اللطيف الشافعي

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

في تاريخ
التشريع الإسلامي

الطبعة الأولى

1412هـ - 1992م

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

بيروت - الحمراء - شارع اميل اده - بناية سلام
هاتف ٨٠٢٤٢٨ - ٨٠٢٤٠٧ - ٨٠٢٢٩٦
بيروت - المصيطبة - بناية طاهر هاتف ٣٠١٠٣٠ - ٣١١٣١٠
ص. ب ١١٣/٦٣١١ تلكس LE ٢٠٦٦٥ - ٢٠٦٨٠ - لبنان

هذا الكتاب ترجمة

A History of Islamic law

by

N.J. Coulson

بسم الله الرحمن الرحيم

«شكر وتقدير»

الكتاب الذي أتشرف بتقديم ترجمته للقارىء العربي هو كتاب A History of Islamic Law لمؤلفه N. J. Coulson. وهو واحد من أهم وأكبر المستشرقين الانجليز المعاصرين المعنيين بدراسة الفقه الإسلامي وتدريسه بجامعة لندن. تتلمذ على المستشرق المشهور يوسف شاخت J. Schacht، كما درس القانون الانجليزي، مما أتاح له القدرة على تناول مسائل الفقه الإسلامي من وجهة نظر جديدة. وقد زار بعض البلاد الإسلامية، وعمل أستاذاً زائراً بإحدى الجامعات النيجيرية. وله مؤلفات أخرى في الفقه الإسلامي على قدر من الأهمية، منها كتاب في الميراث، وآخر يدور حول تحديد العلاقة بين الجوانب النظرية في الفقه الإسلامي وبين تطبيقاتها العملية. ولقد نشر الكتاب الذي أقدم ترجمته في لغته الأصلية سنة 1964 ضمن سلسلة Islamic Surveys.

وقد قمت بترجمة هذا الكتاب إحساساً مني بأهميته. وإنني أدين في عملي هذا للدكتور حسن محمود عبد اللطيف الشافعي بأمور كثيرة؛ فإنه تفضل مشكوراً بمراجعة الترجمة ومطابقتها على النص الأصلي بما هو معهود فيه من صبر ودأب على البحث والتحري بغية الوصول إلى أقرب تعبير عن مقصد المؤلف وأوضحه. لقد زاملت الأستاذ المراجع طيلة فترة المراجعة وتناقشنا طويلاً في فكر المؤلف وآرائه، مما كان له أثر كبير في إضافة بعض التعليقات التي أوردتها توضيحاً لرأي المؤلف أو نقداً له من وجهة نظر الباحث المسلم. ويقتضي ذلك أن أشيد بإخلاص

الأستاذ المراجع واتساع ثقافته. إنني لا أستطيع أن أوفيه ما يستحقه من الشكر والتقدير لقاء ما أنفق من جهد ووقت، وحسبي أن أدعو الله أن ينفع به وأن يثيبه على ما تجشمه من عناء في الوصول بهذا العمل إلى الصورة التي ظهر بها. ويجب أن أشير مع ذلك إلى مسؤوليتي الكاملة عما عساه يوجد من أخطاء أو تقصير. وحسبي أني لم أدخر وسعاً في أية مرحلة من مراحل عكوفي على هذا العمل.

وأتوجه بخالص شكري إلى الدكتور مارتن هاينز **Martin Hinds** الأستاذ بقسم اللغة العربية بجامعة كمبردج، لما بذل من جهده ووقته في تعريفي بأهم كتابات المستشرقين الانجليز ودراساتهم في الفقه الإسلامي وتاريخه وأصوله، وهو الأمر الذي كان له أثر بالغ في تيسير معرفتي بأهمية المؤلف وكتابه هذا الذي أقدمه.

وفي هذا الصدد أجد لزاماً علي أن أتوجه بالشكر إلى جامعة القاهرة وكلية دار العلوم، حيث هيئتا لي السفر إلى انجلترا في مهمة علمية أتاحت لي الاتصال بالفكر الغربي.

ويطيب لي أن أتوجه بشكري العميق إلى الأستاذ الدكتور السعيد بدوي والأستاذ الحساني عبد الله ـ لما أفدت من مناقشاتهما وملاحظاتهما في تحديد المعايير اللازمة للترجمة.

المترجم

بين يدي الترجمة

— 1 —

تلقى دراسات المستشرقين في فروع المعرفة الإسلامية اهتماماً كبيراً في أعمال الباحثين المسلمين. ويتضح هذا الاهتمام في ترجمة أعمالهم أحياناً وفي الرد عليها ومعارضتها أحياناً أخرى. ويغالي بعض الباحثين المسلمين حين يتجاوز دائرة الاهتمام بأبحاث المستشرقين إلى ترديد مقالاتهم والانقياد الأعمى لمقرراتهم. وهؤلاء يرتكبون خطأ مزدوجاً، وذلك في حق أنفسهم حين قبلوا التضحية بعقلهم، وفي حق البحث العلمي حين تخلوا عن اتخاذ موقف نقدي مما تقرره حضارة في وصف غيرها. وتجدر الإشارة ـ إذا أردنا استقصاء المواقف المختلفة من فكر المستشرقين ـ إلى موقف أولئك الذين يضيق صدرهم بدراسات المستشرقين، ولا يرون لغير مسلم حقاً في دراسة الإسلام. ومعتقد أولئك أن هذه الدراسات مقدمات للغزو الفكري، ونذر مؤامرات تحاك للإسلام والمسلمين.

ويقتضي الإنصاف مع هذا أن أشير إلى تلك الأيادي التي أسداها الجهد الاستشراقي للدراسات الإسلامية. من ذلك نفض التراب عن كثير من كتب التراث الهامة وتحقيقها. ومن ذلك أيضاً إصدار بعض القوائم المفصلة التي تعين على الرجوع للمخطوطات الإسلامية، وتشير إلى أماكن وجودها في المكتبات العالمية المختلفة، من مثل كتاب كارل بروكلمان: تاريخ الأدب العربي. وأشير هنا كذلك إلى كتاب المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي الذي حرره فنسنك ومجموعة من المستشرقين.

ويقتضي الإنصاف الإشارة إلى ما تتصف به دراسات المستشرقين في عمومها من الدأب على متابعة التفصيلات والجدية في البحث والتحليل. ولكن لا يمنعنا هذا من الإرشاد إلى التواء وسائل البحث العلمي في أيدي مجموعة منهم. وذلك لكثير من العوامل. منها أن البعض ما يزال متأثراً بظروف نشأة الفكر الاستشراقي وتطوره الأول. ويتناول ما كسم رودينسون Maxime Rodinson تطور الفكر الاستشراقي في بحثه الدقيق Image and Western Studies of Islam مقرراً نشأة هذا الفكر انطلاقاً من مبدأ «افهم عدوك» حينما كان المسلمون يمثلون أكثر من تهديد للمجتمع الغربي، أو قل: حينما كانوا يمثلون العدو الأول للممالك المسيحية الأوروبية. ومن الطبيعي أن يقدم الباحث الغربي في هذه الظروف صورة غير دقيقة عن المسلمين لتأجيج نيران العداوة ضدهم. وعندما دب الضعف في كيان الأمة الإسلامية، وسقطت في قبضة الاستعمار الغربي لم يدخر كثير من الباحثين الغربيين وسعا في سبيل إحكام قبضة بني جنسه على أقدار هذه الأمة وتجريدها من كل أسباب المقاومة. وهكذا لعبت السياسة دوراً بارزاً في صرف كثير من دراسات المستشرقين عن مكابدة الحقيقة.

وتتأثر هذه الدراسات كذلك بعامل آخر، يتمثل في تطبيق مقاييس الحضارة الغربية على الفكر الإسلامي. ومن شأن اتباع هذا المنهج أن يؤدي إلى نتائج متنافرة. فإن لكل حضارة كيانها الخاص. وسيضحي الباحث بحياده وموضوعيته إذا هو أصر على تحكيم رؤيته الخاصة في موضوعات دراسته. وأعتقد أن هذا العامل كان وراء اضطراب الأستاذ كولسون في كثير من المواقف الأساسية التي عالجها في هذا الكتاب الذي أقدم له هنا.

— 2 —

ومع ذلك فهناك كثير من التطورات التي حدثت في الآونة الأخيرة، والتي من شأنها أن تساعد الدرس الاستشراقي على التخلص من شوائب التحيز السياسي والحضاري؛ فقد استقلت الدول الإسلامية، وحقق أكثرها قدراً مناسباً من التقدم، وتملك جميعها عناصر التفوق المادي والمعنوي. ونخطىء كثيراً إذا حجبتنا عوامل الضعف السياسي والاجتماعي الطافية على السطح في نضال الأمة الإسلامية عن رؤية عوامل القوة التي تتغلغل في الأعماق. وينحسر الإعجاب الشديد بمقترحات الحضارة الغربية وصيغها السياسية والاجتماعية، وتشتد موجة الهجوم عليها ونقدها

في بلادها. وهكذا لم يعد من حق الباحث الغربي أن يصر على تحكيم مقاييس حضارته في دراساته عن الإسلام.

واعتقادي الخاص أن هناك كثيراً من العوامل التي تدفع البحث الاستشراقي إلى أن يسلك مسلكاً مخالفاً لما كان عليه في السابق، منها نمو البحوث عن الإسلام باللغات الأوروبية المختلفة، واشتراك عدد من المسلمين في تقديم مثل هذه البحوث، ويسر الاطلاع على المصادر الإسلامية بهذه اللغات بعد ترجمة الكثير من هذه المصادر، فضلاً عن اتساع العلاقات بين الباحثين المسلمين وغيرهم، مما يتيح لكل من الفريقين معرفة ما يقدمه الآخر من آراء وأفكار. والواقع أن في كل ذلك ما يساعد على تضييق الهوة بين الطرفين.

ومن حق الباحث المسلم أن يستفيد في فهمه لتراثه من النظر إلى هذا التراث في مرآة غيره. ويجب عليه ـ في الوقت نفسه ـ أن يتخذ موقفاً نقدياً مما يقرره هذا الغير. ومن واجب الباحث الغربي أن يعي هذه الانتقادات جيداً بدلاً من إصراره على اتخاذ سمت القاضي الذي حدد لنفسه مهمة إدانة الفكر الإسلامي أو تبرئته، والحكم عليه بالصواب أو الخطأ. والواقع أن الأستاذ كولسون قد استعار هيئة القاضي هذه أحياناً. نلمس ذلك في تجريحه لعلماء الجرح والتعديل، وهجومه على جماعات المحدثين، وحكمه عليهم بأنهم هم الذين اختلقوا أسانيد السنة وردوها إلى النبي ﷺ. ويبتعد الأستاذ كولسون، عند تصديه لسوق مثل هذه الأحكام، عن العدالة من وجهة نظر الباحث المسلم على الأقل.

— 3 —

لقد أقدمت على ترجمة هذا الكتاب الذي يعبر عن مرحلة مهمة في التفكير الاستشراقي لكثير من الاعتبارات. منها جدية المؤلف، وامتلاكه أدوات البحث القانوني، وخبرته بمصادر الفقه الإسلامي، ومنها اهتمامه في هذا الكتاب بالتأريخ لتطبيق الشريعة الإسلامية في العصر الحديث في بلاد العالم الإسلامي جميعها، وعكوفه على التطبيقات القانونية لأحكام الشريعة في هذه البلاد بغية استخلاص أصولها ومناهج تطبيقها. ومن شأن الاطلاع على ما رسمه المؤلف من هذه المناهج زيادة خبرة الباحث المسلم بهذه التطبيقات القانونية وزيادة معرفته بها. ومن المؤسف حقاً ألا يهتم الباحثون المسلمون بهذا النوع من النظر إلى الآن، مع تتابع

التشريعات في الصدور في العالم الإسلامي، والتقائها على بعض السمات المنهجية التي استنتجها المؤلف.

وانطباعي الخاص أن القسم الثالث من الكتاب ـ وهو الذي عالج فيه المؤلف أحوال التشريع في العصر الحديث ـ أمتع أقسام هذا الكتاب. وقد استنبط شاخت هذا المعنى في مقاله[1] الذي يعلق فيه على عمل كولسون هذا والذي نشر بعنوان:

Modernism and Traditionalism in a history of Islamic Law.

ولا تقتصر حسنات هذا الكتاب على ما سلفت الإشارة إليه. فيمكن أن أعد منها هنا هذا المنحى في التناول الذي يقترب من النهج القانوني. ويفترض تعمد كولسون استخدام المنهج القانوني في دراسته للتشريع الإسلامي صلاحية هذا التشريع للتطبيق في العصر الحديث. وقد وجه يوسف شاخت اللوم إلى كولسون لهذا[2]. والفرق بين تناول الرجلين أن شاخت يدرس التشريع الإسلامي من وجهة نظر تاريخية بحتة. وعنده أن هذا التشريع إنما يستحق الدراسة لأنه كان تشريعاً عظيماً في فترة تاريخية مضت ولن تعود. ويشبه التشريع الإسلامي في ذلك القانون الروماني. أما كولسون فإنه يدرس هذا التشريع كما تدرس سائر القوانين الحية الأخرى. ومهمة المنهج التاريخي عنده هي اكتشاف الأسس التاريخية التي ترسم الطريق لتطبيق قواعد هذا التشريع في الواقع.

ويهاجم شاخت كولسون بسبب منهجه هذا. ويرى أنه «لا ينظر إلى الفقه بمنظار طالب الشريعة الإسلامية، بل ينظر إليه بمنظار قانونيٍّ معاصر». ويسرف كولسون في الخيال من وجهة نظر شاخت حينما يجرب هذا المنهج في دراسة التشريع الإسلامي، لأنه قد تطور إلى نهايته الجامدة والمحتومة، ولم يعد استئناف تطبيقه ممكناً. ويعيب عليه لهذا إغفاله المباحث المتصلة بالشعائر وانحصاره في بحث الجوانب المتصلة بالسلوك والعلاقات الاجتماعية.

ويرد كولسون على هجوم أستاذه شاخت، موضحاً أنه اختار لنفسه النظر إلى التشريع الإسلامي بمنظار قانوني. ويعتقد كولسون بأنه قد حان الوقت لدراسة الشريعة على مستوى متخصص في الاقتصاد أو الاجتماع أو السياسة لتتعاون هذه الدراسات

---

(1) نشر هذا المقال في Middle East Studies الجزء الأول رقم 4 عدد يونيو 1965.

(2) المقال السابق.

المتخصصة فيما بينها على رسم صورة أدق لأحكام هذه الشريعة. وعلى طالب الشريعة الإسلامية أن يميل إلى التخصص لأنه سنة العصر.

ولا مراء في أن وجهة نظر كولسون هنا أقرب إلى الحقيقة وأعون على استكمال مسيرة العودة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية. على حين يبدو منهج شاخت جامداً وضيقاً على ما يلاحظ كولسون بحق.

— 4 —

ومع ذلك فإنه لا يصح أن نتوقع تطابق الصورة التي يرسمها الأستاذ كولسون للتشريع الإسلامي الذي يجب الاحتكام إليه في العصر الحديث مع تلك الصورة التي يرسمها الباحثون المسلمون لاستئناف تطبيق التشريع الإسلامي. ويتمثل محور الخلاف بين الصورتين في قيام تحليلات كولسون لهذا الفقه على مجموعة من التصورات، منها أن مهمة هذا الفقه الأساسية هي بحث علاقة العبد بخالقه ومدبر هذا الكون سبحانه. وفي رأيه أن الفقه قد بحث علاقة الإنسان بالإنسان حقيقة، ولكن البحث في هذه العلاقة قد انحصر في تأثيراتها المختلفة على ضمير الأفراد ومحاسبتهم في اليوم الآخر. وقد أدى انحصار الفقه في هذا الجانب إلى إهمال الفقهاء لمباحث القانون العام Public Law التي تعنى بتحديد نظام الدولة ومؤسساتها الإدارية والتي ترعى المصالح العامة للمجتمع. وقد تيسرت للفقه في رأيه - بتحديده لمهمته على هذا النحو - مجموعة من القواعد، تتسم بالمثالية، ولا تنسجم مع الواقع في أحيان كثيرة، ولذا تجاوزت المجتمعات الإسلامية - فيما ذهب إليه - هذه القواعد إلى العمل بأعرافها الخاصة في بعض المسائل، كما تجاوزتها الدولة إلى العمل بما تقتضيه المصلحة العامة في كثير من تنظيماتها.

— 5 —

يـقيم الأستاذ كولسون تحليلاته للفقه الإسلامي على أساس آخر يتمثل في أن نصوص الشرع قد غلب عليها التناول الخلقي لا القانوني. فأوجب هذا على الفقهاء ضبط أحكام النوازل والوقائع بالاعتماد على القواعد الخلقية التي حددتها هذه

النصوص. ولم يكن أمامهم مفر من الاعتماد على عقولهم واجتهادهم. ثم لم يكن هذا الاجتهاد مقنناً في القرنين الأول والثاني، بل تأخر تقنينه إلى أن جاء الشافعي الذي ضبطه بالقياس. وفي رأيه أن الاجتهاد بمعناه الواسع يكاد يكون نوعاً من النظر العام الهادف إلى تحقيق العدالة في العلاقات الاجتماعية، وأنه ـ بذلك ـ أتاح الفرصة لتأثر الفقهاء بأعراف البلاد المفتوحة وقوانينها. ويعتقد كولسون أن استبدال القياس بالاجتهاد في تحديد الشافعي كان سبباً من الأسباب التي أدت إلى إغلاق باب الاجتهاد في الفقه الإسلامي وطبعه بطابع الجمود فيما بعد.

وينصح لهذا ـ في تطبيق التشريع الإسلامي ـ بوجوب فتح باب الاجتهاد على مصراعيه بمفهوم يماثل مفهومه قبل صياغة الشافعي نظريته الأصولية. وفي رأيه أن هذا هو السبيل إلى تعبير التشريع عن الحياة الاجتماعية المعاصرة والمتأثرة بالنموذج الغربي. وليس هذا فحسب، بل نراه يتخذ من الإجماع موقفاً مختلفاً عن الموقف الذي استقر عليه المسلمون، ويعتبره سبباً رئيسياً من الأسباب المسؤولة عن جمود الفقه الإسلامي وتخلفه عن مجاراة الواقع. وبعبارة أخرى يريد كولسون هدم الكيان الأصولي الذي أقام عليه الفقهاء المسلمون البناء الفقهي، ويرى في الأصول التي أتى بها الشافعي ـ وأقرها التالون عليه ـ السبب في جمود الفقه وعجزه عن متابعة الواقع في العصر الحديث. والخطة التي يتبناها لاستئناف تطبيق التشريع الإسلامي نابعة من تصوره لما كان عليه الاجتهاد قبل الشافعي.

— 6 —

وعلى القطع لا يمكن للباحث المسلم أن يوافق على هذه الخطة. فليس هذا هو التشريع الإسلامي الذي يدعو المسلمون إلى تطبيقه. والاجتهاد بمعناه الواسع الذي اعتمد عليه فقهاء الصحابة والتابعين لم يكن إلا استفراغاً للجهد في الوصول إلى الحكم الشرعي من النصوص الشرعية. وهذه النصوص قد تضمنت أحكام فروع فقهية عديدة في موضوعات كثيرة، كما تضمنت هذه النصوص كثيراً من القواعد التي يمكن الابتناء عليها لمعرفة أحكام ما لا نص فيه من فروع. ثم إنها ـ أي النصوص ـ تضمنت الإشارة إلى الخطة التي يجب على الفقيه الاعتداد بها للوصول إلى الأحكام الشرعية. وتتمثل عبقرية الشافعي الحقيقية في اهتدائه إلى ما عبرت عنه النصوص من عناصر هذه الخطة، وإعادة تركيبها في شكل منهج أصولي يعتمد عليه الفقيه في الكشف عن أحكام الفروع التي لا نص فيها.

ان خطة كولسون في استئناف تطبيق التشريع الإسلامي خطة أقل ما تتسم به أنها تستبعد أصول هذا التشريع واجتهادات الفقهاء المسلمين، بحيث لا تبقي من هذا التشريع إلا على بعض العناصر التي لا تضمن له أن يكون إسلامياً، فضلاً عن أنها لا تحقق له ذاتيته الخاصة، وشخصيته المستقلة. ولا يعني استبعاد العناصر المحققة لذاتية التشريع الإسلامي وشخصيته إلا القضاء على أقوى حجج الداعين إلى استئناف تطبيق التشريع الإسلامي.

— 7 —

إن المؤلف على وفاق مع حضارته وفكره حينما يقترح الأخذ بمبادىء الأخلاق العليا والأحكام التي نص عليها القرآن والسنة، وترجمة هذه الأخلاق والأحكام إلى بناء قانوني يتفق أو يختلف مع البناء الذي عبر عنه الفقهاء المسلمون. ويجب أن نتوافق مع ذواتنا وأفكارنا لنقرر وجوب احترام تراثنا الفقهي؛ فإن نهضتنا القانونية الحديثة لن تقوم إلا على أساس من هذا الاحترام. ولا يعني هذا وجوب تقليد أسلافنا فيما انتهوا إليه باجتهادهم. بل يعني وجوب الإفادة من مناهجهم والسير بهذه المناهج قدماً لتحقيق الإصلاح التشريعي المنشود.

لقد استقر التفكير الفقهي الآن على وجوب الاجتهاد، ولكنه ليس لكل أحد، بل لا بد لمن يتقدم لتحمل مسؤوليته من استجماع شرائطه[1] التي تتمثل في العلم والإخلاص للدين. ولا يصح من وجهة النظر المسلمة الخروج على الإجماع إذا انعقد بالفعل. أما ادعاء الإجماع خطأ أو لتزييف آراء الخصوم فهذا ما لم يقل أحد بوجوب الأخذ به. وتمثل وقائع الإجماع الصحيحة المحور الذي يضمن ربط الاجتهاد في الحاضر بالماضي.

ويجب تقنين الاجتهاد بحيث تكون قواعده واضحة لكل مجتهد، وبحيث لا يؤدي الاختلاف في الرأي إلى انهيار وحدة التشريع الذي تصح نسبته إلى الإسلام. ويمكن أن أقرر في هذه العجالة أن القياس هو الشكل الذي ينبغي الاعتماد عليه في الاجتهاد. والتعريف الذي أقدره له ليس هو مجرد إعطاء حكم الأصل للفرع لاشتراكهما في علة الحكم، إذ يمكن التوسع فيه أكثر من ذلك ليشمل إعطاء حكم

(1) راجع هذه الشرائط بالتفصيل في كتب الأصول المختلفة.

الأصل للفرع لاشتراكهما في علة الحكم أو مقصوده. وبهذا تعمل المصلحة أو مقاصد الشريعة ومكارمها في إطار القياس. وهكذا تجد المصالح الحقيقية للمجتمع الإسلامي الطريق إلى تعبير التشريع عنها، شرط أن نكون محايدين في تحديد هذه المصالح. وقد يوافق المؤلف على صحة هذا الرأي إذا نجح في التحرر من الربط بين مصالح المجتمعات الإسلامية والنموذج الغربي. إننا لا نريد فكراً تشريعياً أو فلسفة تشريع تبرر عبوديتنا لنمط الحياة الغربية، بل نريد فكراً تشريعياً يقودنا إلى الانعتاق من التأثيرات الضارة لتقليد هذا النمط. ونخسر المعركة قبل بدئها إذا ألقينا بأصول التشريع التي بدأ الشافعي صياغتها وأخذنا بنظرية المؤلف المبتكرة التي تهدم أكثر مما تبني، وتفتح الطريق لتبرير التأثيرات الغربية إسلامياً. ويبدو أن الأستاذ كولسون لا يريد أن يرى نموذجاً آخر للحياة غير نموذج المجتمع الغربي.

— 8 —

ومع إنكارنا الشديد للأسس التي بنى عليها المؤلف تحليلاته لتاريخ التشريع الإسلامي فأحسب أن من واجبي في هذه المقدمة أن أشير إلى أمر له أهميته في تقدير موقفه إذا قارناه بغيره من المستشرقين بعامة، وبأستاذه يوسف شاخت بخاصة. ويدور هذا الأمر حول مسألة نسبة السنة إلى النبي ﷺ.

لقد ذهب شاخت من حيث المبدأ إلى رفض السنة واعتبرها منحولة على النبي ﷺ وإلى أن أكثر ما بين أيدينا منها إنما يعود إلى القرنين الثاني والثالث الهجريين. وهو لا ينفي وجود نسبة منها مما نطق به النبي ﷺ فعلاً، ولكنه يقرر مع ذلك أننا في موقف لا يمكننا فيه تمييز الصحيح من الزائف.

ويعارض كولسون هذا الموقف الهدمي من السنة، ويعيب عليه عجزه عن تفسير تطور الفقه الإسلامي، وقصوره عن تقديم صورة واضحة لنشأته الأولى. إذ لو كانت الأحاديث قد وضعت في القرنين الثاني والثالث الهجريين لكان معناه تعثر نشأة الفقه إلى هذا التاريخ. وتوضيح ذلك أن السنة قامت بدور هام للغاية في إعمال أحكام القرآن وتطبيقها، ويدل ذلك على وجوب قيام النبي ﷺ بإصدار الأحكام التي يتطلبها تحقيق التشريعات القرآنية والالتزام بها. فمثلاً: جاء القرآن بتحديد أنصبة أصحاب الفروض، وأشار إلى استحقاقهم فروضهم بعد دفع الوصية من التركة. ويقتضي الالتزام بقواعد القرآن في الميراث عملاً أن تكون السنة قد حددت المقدار

الذي يجوز للمورث التصرف فيه بإرادته. وقد قامت ببيان ذلك فعلاً، فاعتبرت ثلث التركة حداً أعلى لا يجوز للمورث تجاوزه إلا برضا الورثة. وقد ذهب شاخت في هذا المثال بعينه إلى أن سنة تحديد الوصية بثلث التركة مما وضع في أواخر الحكم الأموي. ويرد عليه كولسون بأن هذا الافتراض لا يستقيم منطقاً، لاقتضاء تطبيق أحكام المواريث التي شرعها القرآن ورود السنة بتحديد مقدار الوصية قبل ذلك بكثير، أي في عهد النبوة، وإلا لم يكن من الممكن تطبيق هذه الأحكام.

ويؤكد كولسون استدلاله بمثالين آخرين من الميراث أيضاً. أولهما أن القرآن حدد انصباء أصحاب الفروض، وأشار إلى استحقاق العصبة، ولكنه لم يحدد العلاقة بين هذين الصنفين من الورثة. فجاءت السنة بتحديد هذه العلاقة حين قررت البدء بإعطاء أصحاب الفروض ليرد ما يبقى إلى أقرب عاصب. أما المثال الثاني فإن الالتزام بما عينه القرآن من فروض لم يكن تنفيذه في الواقع ممكناً لولا هذا المبدأ الذي قضت به السنة من النهي عن الوصية للورثة.

ويستنتج كولسون من هذا وغيره وجوب الاعتقاد بصحة الحديث من حيث المبدأ، إلا إذا وجد سبب قوي يدعو إلى الحكم بضَعف نسبته إلى النبي ﷺ، مثل تعبير الحديث عن أفكار لا يمكن أن تنتمي إلى فترة النبوة. وقد عبر علماء الجرح والتعديل عن هذه القاعدة حينما قرروا الحكم بضعف الحديث إذا كان مضمونه أقرب إلى التعبير عن آراء سياسية أو فقهية ظهرت بعد عصر النبي ﷺ. ويهاجم شاخت رأي كولسون في التسليم بصحة السنة من حيث المبدأ، ويرى أنه يكاد يكون أكثر تسامحاً في قبول السنة من محدثي القرن الثالث الهجري الذين رفضوا كثيراً من الأحاديث مع ملاءمة مضامينها لظروف عصر النبوة.

والواقع أن كولسون اضطر إلى التسليم بصحة السنة ليستطيع تفسير نشأة الفقه الإسلامي، وتصور بداياته الأولى التي انطلق منها في عصر النبي ﷺ. فليس في الأمر تساهل من أي نوع. والحقيقة أن منهج شاخت في نقد السنة عقيم لا يستند إلى أي أساس. وسيتاح لنا إجمال هذا المنهج في حينه عند أول مناسبة. ويكفي هنا أن تلميذه كولسون قد رأى عجز هذا المنهج عن تقديم تصور ـ أي تصور ـ لنشأة الفقه الإسلامي في القرن الأول الهجري.

ومع ذلك فإن موقف كولسون من السنة لا يتطابق مع الموقف الإسلامي المعتمد في الموضوع. لكنه يمثل خطوة إلى الأمام في التخلي عن موقف المستشرقين التقليدي الذي عبر عنه يوسف شاخت بدون تبصر فيما قد يجر إليه هذا الموقف على دراساته نفسها. وأعني بذلك أنه إذا رفض صحة كل المرويات فإنه بذلك يفقد نفسه كل حق في المقارنة بينها زمنياً لتحديد تواريخ ظهورها. وإذا سلم بعجز أدواته عن تمييز صحيح السنة من زائفها فإن واجبه يتحدد تلقائياً في اختيار أدوات أخرى تمكنه من ذلك.

أما خطأ كولسون الفادح في موقفه من السنة فاعتقاده أن سلاسل إسناد الحديث مزورة بكاملها. ويحق الآن إثارة هذا السؤال. كيف يقبل متن الحديث ويرفض صحة السند الذي وصل به؟ لقد قبل متن الحديث لاضطراره لهذا القبول في فهم نشأة الفقه الإسلامي وتقديم تصور عنه، ثم خيل إليه أنه يستطيع التفريق بين السند والمتن، ليرفض الأول ويقبل الثاني. والحقيقة أن هذا التفريق لا ينبىء عن حكمة في التدبر؛ فإن السنة اعتمدت في نقلها عبر الأجيال الأولى على المشافهة، ويقتضي التسليم بصحة المتن التسليم بصحة سنده الذي وصل به. وقد يسرت نشأة المدارس الفقهية ومعايشة التلاميذ للأساتذة النقل عنهم، واتصال الأسانيد بدون عبء كبير على ذاكرة الراوي. إن أقل ما يوصف به منهج كولسون أنه منهج متناقض لم يتدبر في صياغته العلاقة بين أجزائه.

ومهما يكن من أمر فإنني أقدم ترجمة هذا الكتاب إلى طلاب الشريعة الإسلامية والقانون بخاصة وإلى دارسي الفكر الإسلامي بعامة، راجياً أن أفتح بهذا باباً للنقاش الواعي المتعقل والمفيد في تنمية إحساسنا بتراثنا الفقهي وتصورنا الموضوعي له. ولن أكف أثناء تقديم الترجمة عن الإشارة إلى أهم النقاط التي يختلف فيها المؤلف مع المعتقد الإسلامي، كما سأحاول التعليق بما يساعد القارىء العربي على الإلمام بالموضوع الذي يتناوله المؤلف.

وأسأل الله سبحانه وتعالى أن يحقق بعملي هذا ما قصدت إليه من زيادة التعريف بالفقه الإسلامي ومصادره وأن ينفع به دارسي العلوم الإسلامية المختلفة، فإنه نعم المولى ونعم النصير.

مقدمة المؤلف

دور التاريخ القانوني في التشريع الاسلامي

يعتقد إدموند بيرك Edmond Burke أن فقهاء القانون ليسوا إلا مؤرخين تعوزهم الدقة. ولا ينبع هذا الرأي من نقص في تحليله بقدر ما يعبر عن سخطه على جماعة من فقهاء القانون الانجليز الذين عاشوا في بدايات القرن التاسع عشر الميلادي، وربطوا أنفسهم بالتراث القانوني لأسلافهم؛ أولئك الأسلاف الذين اعتبروا القانون علماً نظرياً خالصاً معزولاً عن حركة المجتمع، ومن ثم نظروا إليه على أنه مجرد مجموعة من المبادىء والقواعد المستخلصة من مجموعة من المعايير الثابتة التي لا تتأثر بالتطور، ولا تختلف باختلاف الزمان ولا المكان.

إن ملاحظات بيرك هذه ما تزال صحيحة في مجملها إلى اليوم على الرغم مما انتهت إليه المدرسة التاريخية في القانون الغربي من أن القانون نشأ وتطور تبعاً لنمو وتطور حياة المجتمع. حقاً يوجه المشتغلون بالعمل القانوني اهتمامهم كله إلى أحدث المصادر القانونية والقرارات التشريعية. ولعله من الملاحظ كذلك أن القانون الانجليزي اعتبر عام 1189 م أقصى حد للاحتجاج بالسوابق التشريعية. لكن التشريعات الغربية المعاصرة بإجمال ـ وهذا أمر له مغزاه الخاص هنا ـ قد أحلت نهج التتبع التاريخي للقانون منزلة ثانوية؛ فإن هذه التشريعات تتجه أساساً إلى دراسة القانون بالنظر إلى ما هو عليه في الواقع أو بحسب ما ينبغي أن يكون عليه، لا باعتبار ما كان عليه في الماضي.

ومهما يكن من أمر فإن التشريع الإسلامي ـ في صورته التقليدية ـ يقدم لنا مثالاً

واضحاً تماماً للعلم القانوني المنفصل عن الاعتبارات التاريخية. فالقانون في النظرية الإسلامية التقليدية أحكام الله المنزلة من عنده [عز وجل] التي أوجبها على عباده، وهي سابقة في وجودها وجود الدولة الإسلامية، لا مسبوقة بها، وهي حاكمة للمجتمع الإسلامي وليست محكومة به. ويترتب على ذلك استبعاد النظر إلى تطور القانون في ذاته على أنه ظاهرة تاريخية وثيقة الصلة بنمو المجتمع وتطوره. أما تدرج الكشف عن أحكام الله [عز وجل] وصياغتها فمن الطبيعي التسليم بخضوعه للنمو والتطور الذي ينقسم حسب ما ارتضاه النظر التقليدي منهجياً إلى مراحل عديدة متميزة: لقد كان لزاماً أن يوجد المهندسون الذين وقع عليهم عبء التخطيط في البداية، ليتلوهم أهل الصناعات المختلفة الذين تعهدوا خطة الأولين ونفذوها. وكان إسهام الأجيال المتعاقبة بعد ذلك أن تضيف إلى هذا البناء ما رأته مناسباً من تحسينات وزخارف. وحينما اكتمل هذا البناء وجد المتأخرون أنفسهم في موقف سلبي فلم يستطيعوا إلا أن يكونوا حراس هذا الصرح الأبدي. لكن ظل النظر إلى هذا التطور[1] باعتباره أمراً معزولاً تماماً عن التطور التاريخي للمجتمع. إن دور الفقيه لم يكن محددا بمعايير موضوعية تنبع من ظروف زمنه ومجتمعه بل هو على العكس من ذلك محدد بمعايير ذاتية بحتة تنبع من مجرد ما لآرائه من قيمة في تتبع الكشف عن الحكم الشرعي. وهكذا تفتقر الصورة التقليدية لتطور الفقه الإسلامي إلى البعد التاريخي تماماً.

ولما كان الوحي الإلهي قد انقطع بوفاة النبي ﷺ فإن الشريعة ـ بما تحقق لها من كمال التعبير والبيان ـ قد صارت إلى الثبات وعدم القابلية للتغيير. إنها روح مجردة تحلق فوق المجتمع، متحررة من مقتضيات الزمان، وعلى هذا المجتمع أن يتطلع إلى ما تمثله من معايير مثالية وصحيحة إلى الأبد. ووصف قواعد هذه الشريعة بالمثالية لا يعني افتقار التعبيرات القانونية عنها للاعتبارات العملية الملائمة للحاجات الحقيقية للمجتمع، كما أنه لا يعني أن عمل المحاكم الإسلامية لم يلحق أبداً بهذا المثال؛ فإنه لا صحة لهذا أو ذاك. وكل ما نريد أن نقرره هنا أن الفكر الفقهي الإسلامي كان في أساسه تفصيلاً وتحليلاً نظريين أكثر من كونه علم قانون وضعي منبثق من قاعات المحاكم. وباختصار لم تكن وظيفة التشريع الإسلامي هي التنبؤ بما سوف تلتزم به المحاكم في الواقع بقدر ما كانت وظيفته إعلام تلك المحاكم في معظم الأحوال ـ وباستثناء محدود يستحق الإشارة إليه ـ بما ينبغي عليها أن تقضي به.

ويتقرر بناء على ذلك أنه لا بد من التفرقة في القانون الإسلامي ـ إذا استخدمناه

(1) يعني في الكشف عن الأحكام الشرعية؛ إذ الأحكام نفسها غير متطورة.

بمدلوله الاصطلاحي الذي يعني مجموعة القواعد التي تضبط علاقات المسلمين ـ بين النظر المثالي والواقع العملي. بين الفقه المدون في بطون المبسوطات الفقهية والأحكام الواقعية التي طبقتها المحاكم فعلاً. وتقدم هذه التفرقة أساساً ملائماً للنظر التاريخي الذي سيضطلع بتحديد مدى الاتفاق والاختلاف بين عمل المحاكم وقواعد الشرع. وتجدر الإشارة إلى أن التراث الفقهي الإسلامي لم يحفل كثيراً بالنظر إلى هذا الضرب من التناول. وحقيقة لا تنقصنا كتب الطبقات في أحقاب معينة، وكذا لا تنقصنا المظان المتعلقة بالولايات غير القضائية ونحوها، ولكن تلك الكتب والمظان لا تمثل تسجيلاً مستقصياً ومستوعباً للتطبيق القانوني، كما أنها أقل من أن تعد محاولة للمقارنة بين هذا التطبيق ومقابله من الرأي الفقهي، والأمثلة القليلة التي تروي عن اعتراض بعض الفقهاء على التطبيق القانوني ليست إلا استثناءات، لكنها تكشف عن الموقف السلبي الذي اتخذه غالبية الفقهاء. وما يمكن تقريره هنا أن معايير القانون الشرعي واحتياجات العمل السياسي[2] لم يلتقيا غالباً. ولربما كانت القوة المستبدة للسلطة السياسية هي التي

---

(2) يجب التفريق بين العمل السياسي الظالم ومقابله العادل. فالسياسة الظالمة لم تلتق مع مقررات الشرع أبداً. أما العادلة فإنها موافقة لها. وهذا ما اهتم ابن القيم برصده وتسجيله في أول كتابه الطرق الحكمية. وقد ذكر المؤلف ما يناقض قوله هذا حين ذكر أن وصف قواعد الشرع بالمثالية لا يعني مجافاتها للمصالح الحقيقية للمجتمع. إن افتراض المؤلف وجود تباعد كبير بين قواعد الشرع ومتطلبات الواقع من المبادىء الأساسية التي يبنى عليها تحليله لتاريخ التشريع الإسلامي. وينقض هذا الافتراض الحقائق التالية:

(أ) تطبيق الشريعة الإسلامية في العالم الإسلامي لمدة ثلاثة عشر قرناً قبل التدخل الأجنبي.

(ب) إشارة الخلفاء والأمراء على كثير من الفقهاءتأليف مراجع فقهية تكون ميزاناً للتطبيق القضائي، مثل كتاب الموطأ لمالك. والخراج لأبي يوسف. وفي بعض الأحيان كان الخلفاء يعقدون مسابقة يشترك فيها كبار الفقهاء، وذلك مثل هذه المنافسة التي حدثت بين الماوردي والقدوري في تأليف كتاب فقهي. ويحكي أن الخليفة القادر بالله قد اعتبر كتاب الماوردي الإقناع هو الفائز. وكذلك كان بعض الخلفاء يكلفون مجموعة من الفقهاء بتحرير مؤلف حقوقي، وأشهر ما وقع من ذلك كتاب الفتاوي الهندية.

(ج) ملاحقة الفقهاء الوقائع والحوادث الجديدة للحكم عليها فقهياً. والواقع أن عمل الفقهاء هذا لم ينقطع مطلقاً. والدليل على ذلك تتابع كتب الفتاوي في الصدور. وباختصار فإن عبقرية الفقهاء لم تخمد. وسيعترف المؤلف فيها بعد أن كتاب الفتاوي وفقهاء السياسة الشرعية كانوا المدد الذي حقق تواصل الاجتهاد واستمراره في الفقه الإسلامي.

ومن الواجب أن نشير هنا إلى الفرق بين مصطلح الشريعة ومصطلح الفقه. إن الشريعة هي المبادىء والأحكام العامة التي أوجب الله اتباعها أبداً في الخلق والقانون والعقيدة. وهذه مبادئها =

ألجأت الفقهاء إلى التحوط باتباع أسلوب التباعد والتجاهل بدلاً عن المجاهرة بالإنكار والاعتراض على ما يجري من تطبيقات قانونية. وعلى أية حال فلعل طبيعة التراث الفقهي - بالإضافة إلى عدم وجود أي نظام لتسجيل خطوات التقاضي - مسؤولة عن جعل البحث التاريخي في الخلاف بين الجانبين النظري والواقعي واجباً على قدر كبير من الصعوبة. لقد ألقى المستشرقون الضوء على بعض أوجه الاتفاق والاختلاف بين هذين الجانبين، ولكن ما يزال النطاق الذي تم فيه ترجمة النظر الفقهي إلى واقع - في أزمنة وأمكنة معينة - أمراً غامضاً إلى الحد الذي يشكل نقصاً خطيراً في معرفتنا بتاريخ التشريع الإسلامي.

توضح هذه الملاحظات المختصرة على طبيعة الشريعة الإسلامية أن مفهوم التطور التاريخي للقانون كان غريباً وأجنبياً تماماً في الفهم التقليدي للشريعة، وأن التاريخ القانوني - بمفهومه الغربي لم يكن نوعاً من الدراسة لم ينل حظه من الاهتمام فحسب، بل الحق أنه لم يوجد قط. وقد دعا إلى مراجعة هذا الموقف التقليدي مراجعة جذرية في القرن الحالي تطوران مختلفان في طبيعتهما ومنشئهما، وإن ربطت بينهما أهميتهما العميقة هنا، كما سيتبين، أولهما: إصدار يوسف شاخت بحثه عن أصول التشريع الإسلامي[3] الذي لا يزال مقبولاً في أسسه العامة، والذي أثبت فيه أن النظرية

ثابتة لا تتبدل. أما الفقه فهو تلك الأحكام العملية التي تضبط علاقات الناس ببعضهم البعض، وعلاقتهم بخالقهم، وعلاقة المجتمع الإسلامي بغيره من المجتمعات. ولم يقل أحد بثباته وجمود قواعده. إنه يقيس أموراً متغيرة ويحكم عليها، فمن الطبيعي أن تكون أحكامه متغيرة. وقد كان المؤلف على وشك الوصول إلى هذا التفريق، ولكنه لم يتضح لديه دائماً، فحدث لديه خلط بين الثابت والمتغير، بين الشريعة والفقه.

(3) يقصد كتاب شاخت Origins of Muhammadan Law

وخلاصة ما انتهى إليه شاخت في هذا الكتاب:

(أ) التشريع الإسلامي تشريع يستمد روحه من القرآن والسنة، أما مادته فإنها ترجع إلى أعراف العرب وعاداتهم قبل الإسلام. ولقد كانت هذه الأعراف على قدر كبير من البدائية في سائر أقاليم الجزيرة العربية، باستثناء مكة والمدينة. ويطلق شاخت على هذه الأعراف مصطلح «سنة الناس» التي كان على المحكَّمين واجب تطبيقها في أحوال التنازع.

(ب) حلَّ نظام القضاة بعد ذلك محلَّ هؤلاء المحكمين.

(ج) أن نبي الإسلام محمداً [ﷺ] لم يأت بنظام تشريعي جديد من كل جوانبه، وإنما أخذ سنة العرب وأعرافهم ليغير فيها بما يلائم عقيدة الإسلام. وكان تغييره هذه الأعراف بأحد طريقين: أولهما بالوحي المباشر وهو القرآن. وثانيهما بأحاديثه وتفسيره للقرآن.

(د) على الرغم من الجهود الشاقة التي بذلها المحدِّثون للحفاظ على السنة فإن أحداً - من وجهة =

التقليدية للقانون الشرعي كان نتيجة عملية تاريخية معقدة استغرقت قريباً من ثلاثة قرون، وإن كانت شاخت ـ ينسب كرما منه ـ الفضل في تحديد منهجه إلى سلفه العظيم إجناس جولد تسيهر[4] ـ وقد توالت بعد ذلك أبحاث المستشرقين لتؤكد تلك الصلة الوثيقة بين نمو الفقه الإسلامي، وظروف الواقع الاجتماعية والسياسية والاقتصادية.

وثانيهما: تغير مفهوم الفقه وانحساره عن حدوده الجامدة التي لا تقبل التطور: بما حدث في العالم الإسلامي بعامة من تغيرات قانونية في العقود القليلة الماضية، وبما حدث في الشرق الأوسط بخاصة من تعديلات في قانون أحكام الأسرة المعمول به في المحاكم، هذه التعديلات التي أتاحت له التلاؤم مع ظروف المجتمع وطبيعته.

= نظر شاخت ـ لا يستطيع الإشارة إلى مصنف في الحديث يمثل السنة الصحيحة للنبي ﷺ، أما المجاميع الموجودة بين أيدينا فعند شاخت أن معظم ما تحتويه إنما نشأ في القرنين الثاني والثالث الهجريين، وأن نسبتها إلى النبي ﷺ غير صحيحة لهذا.

(هـ) لما قامت الدولة الإسلامية وشعرت بالحاجة إلى تعيين قضاة رسميين محل المحكّمين كان القانون الذي يقضي به هؤلاء القضاة من عمل الفقهاء، الذين بذلوا كل ما في وسعهم لتوفيق الأعراف القديمة وتغييرها في ضوء مبادىء الدين الإسلامي. وأسس هؤلاء الفقهاء كثيراً من المدارس الفقهية، أشهرها مدرسة الحجاز ومدرسة العراق ومدرسة سوريا. ولا يرجع الخلاف بين هذه المدارس إلى خلاف أساسي في المنهج أو الفكر بقدر ما يرجع إلى المنطقة الجغرافية التي تطورت فيها كل مدرسة من هذه المدارس.

(و) نشأ المذهب الحنفي في مدرسة العراق مثلما نشأ المذهب المالكي في مدرسة المدينة. أما إمام المذهب الثالث فكان تلميذاً لمالك، ولكنه اختلف معه فيما يتصل بالسنة. لقد كان الشافعي هو الذي حدد السنة بفعل الرسول ﷺ، كما أنه قد أوجب العمل بها بهذا التحديد إذا تعارضت مع الأعراف السائدة. وهكذا وضع الشافعي السنة في أعلى مرتبة، وقرر في الوقت نفسه قبول الاحتجاج بآثار الصحابة في مرتبة تالية لمرتبة الاحتجاج بالسنة. ويعتقد شاخت أن الدراسة الدقيقة تظهر سبق آثار الصحابة في الوجود على الأحاديث المنسوبة للنبي ﷺ.

(ز) على حين تأسست المذاهب الفقهية في القرن الثاني فإن مصنفات الحديث لم تظهر إلا في القرن الثالث. وهذا بالنسبة لكتب الحديث المشهورة عند أهل السنة. أما كتب الحديث الأربعة المعتمدة عند الشيعة الإمامية فقد تأخر ظهورها إلى القرن الرابع ومنتصف القرن الخامس الهجري.

(ح) يعتقد شاخت أن علماء الجرح والتعديل قد بذلوا جهوداً مضنية لتمييز الأحاديث الصحيحة من الزائفة، ولكن جهودهم هذه لم تكن كافية في تحقيق الهدف، كما أن مناهجهم لم تكن سليمة.

(4) يصر شاخت على نسبة هذا المنهج إلى جولد تسيهر Origins, P.4. ولكن يرى كولسون أنه من إنشاء شاخت. وسيختلف كولسون معه في تحليلاته هذه على ما سنرى فيما بعد. والحق أن الصورة التي يذكرها شاخت عن تطور التشريع الإسلامي واضحة البطلان.

وعند هذا نشأ تاريخ التشريع الإسلامي. ويصح الآن النظر إلى الشريعة على أنها نظام قانوني متطور، كما يصح وضع التصور التقليدي للقانون موضعه التاريخي الحقيقي. لقد كان هذا الفهم التقليدي أساساً لنوع من التناول تبدو فيه الأحكام الفقهية بمظهر التعبير عن إرادة الله التي لا راد لها. ويتميز هذا النوع من القوانين السماوية عند مقارنتها بالقوانين المعتمدة على العقل الإنساني بخاصيتين أساسيتين، أولاهما: أنه نظام ثابت لا يتبدل، ومن ثم فإن معاييره ثابتة ثبوتاً مطلقاً، وليس لأية سلطة قانونية حق تغييرها. وثانيتهما: أن الشريعة الإسلامية المنزلة تمثل السمت الموحد لجميع شعوب العالم الإسلامي، على حين أن الاختلاف سيكون هو النتيجة الحتمية لقوانين من وضع العقل الإنساني المتأثر بالظروف المحلية الخاصة والمعبر عن احتياجات مجتمع معين. وبناء على هذا فسيكون من الممكن قياس التطور التاريخي للتشريع الإسلامي ـ الذي يتمثل في ثلاث مراحل متميزة مر بها التشريع الإسلامي في صورته التقليدية: هي النمو والاكتمال والانحدار ـ على أساس من مبدأي الثبات والوحدة.

ويمكن القول بأن فترة نمو الفقه التي بدأت في القرن السابع [الأول الهجري] وانتهت في القرن التاسع الميلادي [الثالث الهجري] قد شهدت تضاؤل الخلاف بين أجزاء العالم الإسلامي بالتدريج، وكانت عوامل المرونة التشريعية تتجه إلى الانحسار كلما تقدمت النظرية التقليدية لتكسب أرضاً جديدة. وهكذا دخل النظر الفقهي في قالب من الجمود منذ القرن العاشر الميلادي [الرابع الهجري] لم يتخلص منه حقيقة إلا في القرن الحالي. وربما حدثت بعض المبالغات المسرفة في تصوير هذا الجمود وتحديد درجته، وبخاصة في غير مجالات القانون الأسري؛ فإن المبادىء الشرعية الثابتة قد اتسعت لكثير من الخلافات الواسعة في الرأي بين المذاهب الفقهية من جهة وبين أشخاص الفقهاء من جهة أخرى. ولكن يبقى من المؤكد مع ذلك أنه كانت هناك فجوة أخذت تتزايد بين مقررات النظر الفقهي التقليدي ومطالب الحياة المتنوعة للمجتمع المسلم. ولقد ظل العرف المحلي معمولاً به في تلك الوقائع التي بدت فيها الشريعة[5] غير قادرة على تلبية الحاجات الضرورية مما أدّى إلى التوسع في اختصاصات المحاكم غير الشرعية.

---

(5) يستخدم المؤلف كلمة شريعة، وكان عليه أن يستخدم كلمة فقه، جرياً على قاعدته في التمييز بين الفقه والشريعة. إن الشريعة هي المبادىء العامة للدين الإسلامي، وسيعترف المؤلف نفسه بعد قليل بأن هذه المبادىء تتسع لتلبية احتياجات أي مجتمع متحضر. أما الفقه فإنه مجموعة الأحكام العملية المبنية على مبادىء الشريعة والتي استنبطها الفقهاء من نصوص الشرع. ومبادىء الشريعة ثابتة لا تقبل التغير. أما أحكام الفقه الاجتهادية فقد كانت محلاً للتغيير فيها والاختلاف في =

ثم جاءت ـ وعلى نحو مفاجىء ـ الحركة الحديثة للتجديد التشريعي، لتنهي حالة الجمود التي كان عليها الفقه طوال تلك الفترة. وكما حررت فكرة العدالة Equity القانون العرفي الانجليزي من قيود العصور الوسطى الثقيلة فلقد حررت هذه الحركة شرايين الشريعة وأوصالها المتيبسة. ويرى المجددون إمكان تطوير الفقه حتى يتلاءم مع حركة المجتمع ويدعم تقدمه في العصور الحديثة. ومن ثم فإن الاتجاه السائد لديهم هو الميل إلى مزيد من المرونة في التشريع. وقد كانت النتيجة التي لا معدى عنها لذلك الميل هي الاختلاف المتزايد على امتداد العالم الإسلامي. وترجع هذه النتيجة كذلك إلى اختلاف معالجة الفقه التقليدي للتوفيق بينه وبين ظروف الحياة الحديثة المختلفة باختلاف بلاد العالم الإسلامي، وتنوع صور الحياة التي أخذت بها.

ومن الضروري في الحقيقة التمييز بين الفلسفة القانونية الإسلامية الحديثة وما كانت عليه في صورتها التقليدية؛ إذ تفترض الفلسفة القديمة التقليدية أن القانون منزل من لدن الله [عز وجل] وأنه يحدد الأحكام التي يجب احتذاؤها في بناء الدولة والمجتمع دائماً وأبداً. ويتلوّن القانون في التناول الحديث باحتياجات المجتمع، ووظيفته هي الإجابة على المشكلات التي يواجهها المجتمع.

ويشبه هذا التمايز ـ مع قدر من التوسع ـ ذلك الجدل المحتدم في التشريع الغربي الحديث بين أنصار مذهب القانون الطبيعي وأتباع المدرسة الاجتماعية. غير أن النمط الذي ينادي به المجددون المسلمون يقدم في الحقيقة مثلاً هاماً للتوفيق بين هذين الاتجاهين. ولربما كانت «الهندسة الاجتماعية Social Engineering بعبارة العالم الأمريكي Dean Pound هي الوصف المناسب لهذا النوع من النشاط الذي يقوم به المجددون المسلمون. إن الحكم القانوني في الإسلام لا يتحدد وفقاً لاحتياجات وتطلعات المجتمع وحدهما، إنما يمكن إعمال هذه الاحتياجات وتلك التطلعات على نحو مشروع في حدود المعايير والمبادىء التي أمر بها الشرع على نحو لا يقبل التغيير ولا التبديل. لكن المسألة التي لم تحسمها حركة التجديد الحديثة هي: إلى أي مدى يمكن إعمال هذه الاحتياجات والتطلعات في إطار المبادىء الشرعية.

ومن ثم فإن الصدام بين أحكام الفقه التقليدي التي يُدَّعى عدم قابليتها للتغيير وبين متطلبات المجتمع الحديث يثير أمام مفكري الإسلام مشكلة ذات طبيعة أصولية؛

= تقديرها. وهذا مثال على خلط المؤلف بين مصطلحي الفقه والشريعة، مع أنه يبدو في كثير من الأحيان على قدر كبير من الفهم لاختلافهما.

إنه لا يمكن للمصلحين تبرير إصلاحاتهم القانونية اعتماداً على مجرد ما تمليه الضرورة الاجتماعية، إذا أريد للقانون أن يظل محتفظاً بطبيعته، باعتباره تعبيراً عن الحكم الإلهي، وإذا أريد له أن يبقى في النهاية قانوناً إسلامياً. وعلى هؤلاء المصلحين إذن أن يجدوا الأسس الفقهية والأدلة المؤيدة لآرائهم في المبادىء التي قررتها الشريعة صراحة أو ضمناً. ولقد كان من الصعب إيجاد تلك الأسس والأدلة في ظل تغلب النظرة الفقهية التقليدية. وفي هذا المجال بالذات تبدو الصلة بين الجهود التشريعية لهؤلاء المصلحين وبين نتائج دراسات المستشرقين على قدر كبير من الوضوح.

ويتمثل مستند اتجاه التجديد التشريعي بصورته المتطرفة في فكرة أن التشريع الإلهي لم يرد بأحكام تفصيلية مستوعبة ولا جامدة، خلافاً لما ذهب إليه أصحاب الاتجاه المحافظ، وإنما جاء بمبادىء عامة ومجملة تحتمل عدة تفسيرات وتأويلات تختلف باختلاف الأحوال والعصور. ومن ثم فإن الاتجاه التجديدي هو حركة تستهدف ضرباً من «التأويل التاريخي» للتنزيل الإلهي. وقد برهن المستشرقون على أن نشأة الفقه الإسلامي لم تكن إلا نوعاً من تحقيق معطيات النصوص الشرعية في إطار الظروف الاجتماعية المتغيرة، فقدموا بذلك أسس الواقع التاريخي الذي يدعم الفكرة التي تقوم عليها النظرة التجديدية. والواقع أنه بمجرد أن توضع النظرة التقليدية في سياقها التاريخي باعتبارها مجرد مرحلة في التطور التشريعي فإن جهود المجددين لن تبدو بأية حال منفصلة انفصالاً كاملاً عن المفهوم التقليدي الذي كان يبدو بمظهر الاتجاه الصحيح الوحيد، بل ستغدو امتداداً للتقاليد الفقهية الأصيلة، باتخاذها نفس الموقف الذي اتخذه الأئمة الأوائل، وبإحيائها للذخائر الفقهية التي توقف نموها ـ على نحو مفتعل ـ حوالي عشرة قرون.

وعلى هذا النحو يمكن لمساعي التجديد أن ترسي أرسخ دعائمها على فهمها الصحيح للتطور التاريخي للفقه. والحق أن علم تاريخ التشريع يكتسب أهمية حاسمة لم تكن له في الماضي، بسبب تحفز حركة التجديد للتوثب والانطلاق، واستشراف التشريع الإسلامي للدخول في عصر جديد. ومن ثم فإن الفقيه المسلم لا يسعه أبداً أن يخاطر بوضع نفسه في زمرة أولئك المؤرخين الذين تعوزهم الدقة[6].

---

(6) لعل القارىء ما زال يذكر ما بدأ به المؤلف مقدمته من اقتباسه عن بيرك قوله: (القانونيون مؤرخون تعوزهم الدقة).

الباب الأول

الفقه في دور التكوين

الفصل الأول

التشريع القرآني

يتضمن الأمر القرآني «أطيعوا الله ورسوله»[1] أعظم تغيير أدخله الإسلام في البناء الاجتماعي للجزيرة العربية، وهو إقامة سلطة سياسية جديدة تملك حق التشريع، فقبل الإسلام كانت القبيلة وحدة المجتمع، وهي مجموعة من الأقارب تربطهم رابطة الدم، ويفترض انحدارهم من أصل أبوي واحد. وكان على الفرد التوجه بولائه إلى القبيلة في مجموعها، لا إلى زعيمها المختار وحده، كما كان يستمد منها حماية شؤونه ومصالحه. وأي شخص تنتهي به المقادير إلى أن يجد نفسه خارج حظيرة هذه المسئولية

(1) ورد الأمر بطاعة الله ورسوله في القرآن كثيراً، أحياناً بتكرار الفعل، وأحياناً بدون تكراره. فمما تكرر فيه الفعل (الأمر بالطاعة) قوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾** [النساء: 59]. وفي سورة المائدة [آية : 92]: **﴿وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول واحذروا﴾**. ومن ذلك أيضاً قوله تعالى في سورة النور[آية: 54] **﴿قل أطيعوا الله وأطيعوا الرسول﴾**. ومنه كذلك ما جاء في سورة التغابن [آية: 12] من قوله تعالى: **﴿وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول فإن توليتم فإنما على رسولنا البلاغ المبين﴾**. أما ما جاء بغير تكرار فمنه قوله تعالى في آل عمران [آية: 32] **﴿قل أطيعوا الله والرسول فإن تولوا فإن الله لا يحب الكافرين﴾**. وفي السورة ذاتها [آية: 132] **﴿وأطيعوا الله والرسول لعلكم ترحمون﴾**. وفي سورة الأنفال [آية: 20]: **﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله ورسوله ولا تولوا عنه وأنتم تسمعون﴾**. وفي السورة ذاتها [آية: 46]: **﴿وأطيعوا الله ورسوله ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم﴾**.
وهكذا يشير المؤلف إلى آيتي الأنفال، وكان عليه أن يحدد الآية التي رجع إليها على نحو ما يفعل في بعض الأحيان.

الجماعية وما تبسطه عليه من حماية كان يعد طريداً وخارجاً على القانون an out law بكل ما تحمله هذه الكلمة من معنى، بحيث يصبح بقاؤه ذاته أمراً عسيراً، إلا إذا نجح في الالتحاق بأية مجموعة قبلية أخرى عن طريق التبني أو الولاء.

لقد كان للقبيلة في مجموعها سلطة تحديد المعايير التي تحكم حياة أفرادها. وينبغي تصور القبيلة هنا لا على أنها مجرد الأحياء الذين يمثلونها في وقت ما، بل على أنها حقيقة تاريخية تمتد لتشمل الأجيال الحاضرة والسابقةواللاحقة: وهذا التصور للقبيلة هو في الحقيقة أساس الاعتداد بالقانون العرفي. وقد كانت القبيلة ملزمة باتباع نظام غير مكتوب من القواعد، تطور معها، وعبر عن روحها وشخصيتها. ولم يكن لشيخ القبيلة، ولا لأي مجلس يمثلها سلطة تشريعية لإحداث تغيير في هذا النظام. ولئن وقعت بعض التعديلات التي حدثت بطبيعة الحال على مر الزمن نتيجة مبادرات فردية فإن المصدر الحقيقي لهذه التعديلات راجع إلى إرادة المجتمع بأسره؛ فمن المتعذر أن تصبح هذه التعديلات جزءاً من القانون القبلي، ما لم يتم القبول الجماعي لها بهذا الاعتبار.

وليس من المستغرب في غياب أي نوع من أنواع السلطة التشريعية ألا يوجد أي جهاز رسمي لتنفيذ القانون وإعماله. وكان تنفيذ القانون وإعماله يقع - بدلاً من ذلك - على عاتق الشخص الذي أصابه الضرر. وكثيراً ما فرضت الحمية القبلية اللجوء إلى السلاح لحل النزاع بين القبائل المختلفة، على حين كانت القبيلة تلجأ إلى التحكيم لحل نزاعاتها الداخلية. غير أن هذه المهمة - على ما سبقت الإشارة - لم تكن من عمل أشخاص رسميين، وإنما كان على أطراف النزاع اختيار حكم مناسب لفضه. والغالب أن يكون هذا الحكم كاهناً من كهنة الديانة الوثنية الـذين يدعون لأنفسهم قوي غيبية ذات مصدر إلهي.

وتتطلب هذه الصورة العامة للقانون العرفي القبلي البدائي الذي عم الجزيرة العربية في القرن السادس الميلادي قدراً من التحديد فيما يتعلق بالمجتمعين المستقرين في مكة والمدينة. ذلك أنه كان لمكة - موطن ولادة النبي [ﷺ] - قانون تجاري بشكل من الأشكال، باعتبارها مركزاً تجارياً مزدهراً، بينما عرفت المدينة - وهي منطقة زراعية - أشكالاً ساذجة لملكية الأرض ومزارعتها. والأكثر من هذا أنه وجدت في مكة على ما يبدو بوادر نظام يضمن إعمال القانون والإلزام به؛ فقد تم تعيين بعض المحكمين الذين هم موضع القبول العام وبعض المسؤولين الذين اضطلعوا بعبء جباية الديات في قضايا القتل والجراح. ومع ذلك فلم يخرج الأمر في هذين البلدين

عـمـا هو سائد في القبائل البدوية من قيام قواعد القانون على مبادىء العرف المطبقة والمسلم بها.

لقد شهد عام 622 م [العام الأول للهجرة] تأسيس المجتمع المسلم بالمدينة، حيث آمنت القبائل العربية وبطونها في هذا البلد ـ باستثناء هؤلاء البعض الذين صاروا إلى الإسلام فيما بعد ـ بمحمد [ﷺ] نبياً موحى إليه من الله [عز وجل] ، معتبرين أنفسهم ومن هاجر إليهم من أهل مكة مؤسسين لمجتمع جديد، تسمو فيه عقيدتهم على الروابط القبلية، بينما صار مركز النبي [ﷺ] مجمع السلطتين السياسية والتشريعية، حيث كان الوحي القرآني المتضمن لأوامر الله [سبحانه] والمبلِّغ إلى هذا المجتمع عن طريقه آخذاً في إزاحة قواعد العرف القبلي في جوانب عديدة. ويهدف ما بقي من هذا الفصل إلى فهم طبيعة التشريعات القرآنية ومجالها وأثرها على القانون العرفي القائم آنذاك شكلاً وجوهراً.

عـادة ما تأتي الصياغة التشريعية بمعناها الفني في تطور أي مجتمع بعد تحديد هذا المجتمع وقبوله للقيم التي ارتضى الاحتكام إليها. فالصياغة التشريعية ليست أكثر من صوغ هذه القيم المرتضاة في قواعد محددة من الحقوق والواجبات، تنتظم الجزاء في أحوال الخروج على هذه القيم. ومن ثم فإنه من الطبيعي تماماً أن تسبق الجهود الدينية لنبي الإسلام [ﷺ] من حيث إرساؤها لقيم السلوك الأساسية للمسلمين دوره في السياسة والتشريع بالنظر إلى عنصري الزمن أو الأهمية. وبناء على ذلك فإن ما يطلق عليه التشريع القرآني إنما يتألف من تلك الأوامر العامة المجملة التي أوردها القرآن لتحديد سلوك المجتمع المسلم وأهدافه. ولا يعدو أن يكون تعبيراً عن أصول الأخلاق الدينية الإسلامية.

إن معظم المفاهيم الأساسية والحيوية التي يقوم عليها أي مجتمع متحضر يعبر عنها القرآن عادة فيما يشبه أن يكون إلزاماً خلقياً. فالرحمة بالضعاف في المجتمع ونفي الغبن في المعاملات التجارية، وعدم الميل والحيف في تحقيق العدالة. . كل هذه المفاهيم ترد في القرآن باعتبارها معايير السلوك المطلوبة، دون أن تترجم إلى بناء قانوني للحقوق والواجبات من أي نوع. ونجد هذه السمة الأخلاقية في كثير من القواعد المميزة للإسلام؛ فمثلاً يعلن القرآن تحريم شرب الخمر والتعامل بالربا في عبارات متماثلة، تغلب عليها هذه السمة، دون أن يتضمن إشارة إلى النتائج القانونية العملية لهذا التحريم. والذي حدث في الواقع أن صار شرب الخمر فيما بعد[2] جريمة يعاقب عليها

(2) ثبتت عقوبة النبى ﷺ على شرب الخمر، واستمر على ذلك أبو بكر وعمر من بعده. وخلاف =

بجلد الشارب، على حين استمر الربا موضوعاً من موضوعات القانون المدني، بحكم كونه عقداً من العقود الفاسدة أو غير الملزمة. ويشير هذا بوضوح إلى ذلك التنوع بين وظيفة النبي [ﷺ] الدينية ووظيفته السياسية والتشريعية(3). نعم، قد يشترك الجانبان في تناول الفعل أو الترك بالحكم عليه، ولكن يظهر الفرق بينهما في طبيعة الحكم الذي كان يقرره النبي [ﷺ]؛ فبصفته السياسية التشريعية تتمثل أحكامه في جزاءات عملية تمضيها أجهزة الدولة، على حين تتمثل أحكامه بصفته الدينية في كون الفعل أو الترك

= الفقهاء في مقدار الحد لا في أصله. انظر الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (العقوبة) للمرحوم محمد أبي زهرة ص 163 وما بعدها. وكذلك التشريع الجنائي الإسلامي للمرحوم عبد القادر عودة 505/2 ط 3 دار التراث.

(3) انظر الإحكام في تمييزالفتاوي عن الأحكام وتصرفات الإمام للقرافي صفحات 86 - 97 مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب. ويشير القرافي إلى الفرق بين تصرف النبي ﷺ بالفتيا والتبليغ وبين تصرفه بالإمامة. ويقرر القرافي في ذلك «أن تصرف رسول الله ﷺ بالفتيا هو إخباره عن الله تعالى بما يجده في الأدلة من حكم الله تبارك وتعالى، كما قلناه في غيره من المفتين . وتصرفه ﷺ بالتبليغ هو مقتضى الرسالة. . فهو ﷺ ينقل عن الحق للخلق في مقام الرسالة. . . . فهو في هذا المقام مبلغ وناقل عن الله تعالى، وورث عنه ﷺ هذا المقام المحدثون ورواة الأحاديث النبوية وحملة الكتاب العزيز، لتعليمه للناس، كما ورث المفتي عنه ﷺ الفتيا. وكما ظهر لنا الفرق بين المفتي والراوي فكذلك يكون الفرق بين تبليغه ﷺ عن ربه وبين فتياه في الدين. والفرق هو الفرق بعينه.

«وأما تصرفه ﷺ بالحكم فهو مغاير للرسالة والفتيا. لأن الفتيا والرسالة تبليغ محض، واتباع صرف، والحكم إنشاء والزام من قبله بحسب ما يسنح له من الأسباب والحجاج. ولذلك قال ﷺ: «إنكم تختصون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذه، إنما أقتطع له قطعة من النار» [رواه البخاري 77/5 فتح الباري كتاب المظالم، باب إثم من خاصم في باطل، ورواه مسلم في كتاب الأقضية، باب بيان أن حكم الحاكم لا يغير الباطل. . صحيح مسلم بشرح النووي 4/12. . . .] ثم الفرق من وجه آخر بين الحكم والفتيا: أن الفتيا تقبل النسخ، والحكم لا يقبله بل يقبل النقض عند ظهور ما رتب عليه الحكم. . . .

«وأما تصرفه ﷺ بالإمامة فهو وصف زائد على النبوة والرسالة والفتيا والقضاء. لأن الإمام هو الذي فُوِّضَت إليه السياسةُ العامة في الخلائق وضبط معاقد المصالح ودرء المفاسد، وقمع الجناة، وقتل الطغاة وتوطين العباد في البلاد. . . فما فعله عليه السلام بطريق الإمامة. . . فلا يجوز لأحد الإقدام عليه إلا بإذن إمام الوقت الحاضر، لأنه ﷺ إنما فعله بطريق الإمامة، وما استبيح إلا بإذنه فكان ذلك شرعاً مقرراً، لقوله تعالى ﴿واتبعوه لعلكم تهتدون﴾[الأعراف: 158].

ولعل في هذا توضيح أصل التفريق الذي ذهب إليه المؤلف.

طاعة أو معصية يجازى عليها الله [سبحانه] بالمثوبة أو العقوبة.

وأقصى جزاء يقرره القرآن عادة على اتباع أحكام الله ومخالفتها هو رضاه [سبحانه] أو سخطه؛ فهؤلاء الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً ـ على ما يقرره القرآن ـ إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً[4]. ولقد يهتم التشريع السياسي بأثر تصرفات الفرد على غيره من الأفراد وعلى المجتمع بأسره، على حين يتجاوز الفقه الديني ذلك إلى العناية بأثر هذه التصرفات على ضمير فاعلها نفسه وما يتبع ذلك من نعيم أو شقاء في الآخرة. وفي كلمة موجزة: لم يكن الهدف الأول للقرآن هو تنظيم علاقة الإنسان بالإنسان بقدر ما كان هدفه تنظيم علاقة الإنسان بخالقه.

ومع غلبة الاتجاه الخلقي على التشريعات القرآنية من حيث السمة التي تميزها فإن الآيات التشريعية ليست كثيرة ـ من حيث العدد ـ بأي مقياس؛ إذ تقدر في مجموعها بحوالي ستمائة آية، كما أن أكثر هذا العدد يتعلق بتحديد أحكام الفرائض الدينية والشعائر من صلاة وصيام وحج، بحيث لا يبقى إلا قريب من ثمانين آية، هي التي اختصت بالموضوعات القانونية البحتة[5].

ومن الطبيعي أن تتحدد القوانين الأولى لأي مجتمع في قواعد قليلة بسيطة وموجزة. وهذا هو ما كانت عليه قوانين الألواح الاثني عشر الرومانية[6]. ومع ذلك يختلف التناول القرآني عن قوانين الألواح الاثني عشر في أنه لم يتتبع ـ ولو على نحو

---

(4) نص الآية: ﴿**إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيرا**﴾. سورة النساء: 10.

(5) قدرها الغزالي وابن العربي بخمسمائة آية. قال الشيخ خضر بن الحسين رحمه الله: واقتصروا في تقديرها على هذا العدد، لأنهم رأوا مقاتل بن سليمان، وهو أول من أفرد آيات الأحكام في تصنيف قد جعلها خمسمائة آية. وقد نازعهم بن دقيق العيد في هذا التقرير، وقال مقدار آيات الأحكام لا ينحصر في هذا العدد، بل هو يختلف باختلاف القرائح والأذهان، وما يفتحه الله من وجوه الاستنباط. والراسخ في علوم الشريعة يعرف أن من أصولها وأحكامها ما يؤخذ من موارد متعددة، حتى الآيات الواردة في القصص والأمثال» مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها للأستاذ علال الفاسي ص 83. ولا أدري من أين أتى المؤلف بتحديده لآيات الأحكام التي تناولت موضوعات قانونية بحتة في ثمانين آية. وكان عليه أن يذكر مصدره لمتابعته فيه. وانطباعي الخاص أن هذا العدد غير صحيح؛ إذ يصل عدد آيات التشريع الواردة في موضوعات الأحوال الشخصية وحدها إلى قريب من خمسين آية في النظر الأول لسورة البقرة والنساء والنور والطلاق، ولو تعمدنا الاحصاء فقد يزيد العدد عن ذلك.

(6) قوانين الألواح الاثني عشر صدرت في روما القديمة، وتمثل مرحلة مبكرة في تطور القانون الروماني.

مبدئي - العناصر الأساسية لأية علاقة قانونية بغية استقصائها. إن هذه التشريعات القرآنية متنوعة تنوعاً عظيماً في موضوعاتها، فمن بيان ملابس المرأة إلى تقسيم الغنائم، ومن تحريم لحم الخنزير إلى ذكر عقوبة الجلد لمرتكبي الزنا. ومع ذلك تنزع هذه التشريعات إلى أن تبدو بمظهر الحلول الخاصة لمشكلات بذاتها أكثر من أن تنزع إلى تقصي الموضوع الذي تتناوله على نحو عام وشامل.

ولعل هذه الطبيعة الجزئية للتشريع القرآني قد نبعت من الظروف التي نزل فيها القرآن؛ إذ يمثل الجمع الرسمي للقرآن - وهو الأمر الذي تم بعد وفاة النبي [ﷺ] ببضع سنوات - نوعاً من التنظيم الذي تعهدته الدولة لما كان تلاه الرسول متفرقاً على دفعات متوالية في فترات مختلفة من حياته، وفي مواضع مختلفة كذلك، أو على الأقل في السنوات العشر التي عاشها [عليه السلام] بالمدينة إذا قصرنا النظر على آيات التشريع خاصة. وتصلح الآية: 37 من السورة: 33[7] أن تكون نموذجاً لهذا النوع من التشريعات النابعة من مقتضيات الظروف الخاصة؛ فقد أزالت هذه الآية قاعدة التبني التي كانت موجودة قبل الإسلام، والتي كانت تعطى للولد المتبني وضعاً قانونياً في علاقته بمتبنيه يماثل وضع الولد الطبيعي، وقد هدفت الآية من ذلك إلى إنهاء الجدل الذي راج عقب زواج النبي [ﷺ] من مطلقة متبناه زيد [بن حارثة]. ومن ذلك أيضاً الآيات التي حددت عقوبة القذف بثمانين جلدة، والتي نزلت إثر حادثة الإفك[8] وفي سياقها.

وحقيقة عالج القرآن [الكريم] بعض الموضوعات القانونية المبينة على نحو ملحوظ من التفصيل والبسط، ولكنه لم يعمد - في أي من هذه الموضوعات المشار لها - إلى تناول جزئياتها المختلفة على نحو كلي مستوعب. ولم يعد الأمر إلى أن مشكلات معينة - مما يغلب وقوعه بطبيعته - قد أوجدت الفرصة لورود عديد من التنظيمات

---

(7) يشير بهذا إلى قوله تعالى في سورة الأحزاب: ﴿وإذ تقول للذي أنعم الله عليه وأنعمت عليه أمسك عليك زوجك واتق الله وتخفي في نفسك ما الله مبديه وتخشى الناس والله أحق أن تخشاه فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها لكيلا يكون على المؤمنين حرج في أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطراً وكان أمر الله مفعولاً﴾.

ولكن هذه الآية ليست هي الآية التي ألغت قاعدة التبني بل هي قوله تعالى في آية 5 من السورة نفسها: ﴿ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً﴾.

(8) لا شك في وجود أسباب نزول لكثير من آيات الأحكام، ولكن كانت هذه الآيات تتضمن القواعد التي تحكم هذه الأسباب وغيرها.

المتصلة بموضوع واحد، وإن لم تتواصل في زمن مجيئها ولا في جوهرها، وتبدو هذه التنظيمات بمظهر المعالجة المفصلة أحياناً عند جمعها من مواضعها المتباعدة في القرآن. ولا ريب في أن موضوع مكانة المرأة بعامة والمتزوجة بخاصة من أهم الموضوعات التي عني بها التشريع القرآني. إن الأحكام التي جاء بها القرآن في الزواج والطلاق كثيرة ومتنوعة، وتمثل هذه الأحكام ـ بما هدفت إليه من تحسين وضع المرأة ـ واحداً من أعمق الإصلاحات التي أدخلها القرآن على القانون العرفي الجاهلي، ويمكن إجمال مغزى تشريعين بارزين في هذا الصدد، ولحظ دلالتهما في ذلك.

ففي الزواج يأمر القرآن بأن تتسلم الزوجة نفسها المهر الذي يقدمه الزوج. وإذا كان ذلك هو ما حدث أحياناً قبل الإسلام فإن المفهوم الأساسي للزواج في نظر بعض صيغ القانون العرفي العربي أنه: بيع المرأة إلى الزوج الذي عليه أن يدفع الثمن إلى أبيها أو وليها، كما يفعل المتبايعان سواء بسواء. فمغزى هذه القاعدة القرآنية البسيطة هو نقل المرأة من مكانة السلعة المبيعة إلى اعتبارها طرفاً في التعاقد تستحق بموجبه تسلم المهر المتفق عليه في مقابل ما عليها من التزامات في الزواج. وبذلك تمتعت بمركز قانوني لم يكن لها من قبل.

وفي أحكام الطلاق يتمثل أعظم تغيير أتى به القرآن في فكرة العدة: فقد كان في مكنة الزوج قبل الإسلام طرد زوجته بكلمة تؤدي إلى فصم علاقة الزواج في اللحظة ذاتها، وذلك بموجب حقه النابع من مكانته باعتباره مشترياً للزوجة. أما القرآن فإنه يعطل أثر الطلاق ويؤجله إلى ما بعد انقضاء فترة العدة التي تستمر حتى تتم المرأة ثلاث دورات شهرية إذا كانت حائلاً[9] أو تضع حملها إذا كانت حاملاً. والهدف الأساسي من نظام العدة فيما نص عليه القرآن هو إتاحة فرصة الصلح أمام الزوجين[11]، وتستحق الزوجة النفقة على زوجها أثناء فترة العدة[10].

وتقطع مثل هذه التغييرات شوطاً بعيداً في مجال تحسين وضع الزوجة، ولكن في حدود ما شرعت لأجله، وهو تقديم العلاج لبعض المشكلات الخاصة التي عانت منها الحياة الزوجية. إذ لم تحاول هذه التغييرات خلق بناء جديد تماماً للقانون الأسري، كما أنها لم تهدف إلى استئصال المفاهيم الأساسية للقانون العرفي السائد. فالزواج

---

(9) يعني غير حامل.

(10) يشير بهذا إلى قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء.... وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً﴾ البقرة: 288.

(11) ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله﴾ الطلاق: 7.

يظل ـ بعد هذه التغييرات ـ عقداً يحتل فيه الزوج مركزاً متحكماً شبيهاً بمركز المشتري من قبل. ويحتفظ كذلك بحقه الأساسي ـ الذي هو نتيجة طبيعية لمركزه المتميز والشبيه بمركز المشتري ـ في إصدار الطلاق من جهته، حسب إرادته هو وحده. وينص القرآن صراحة على أن الرجال قوامون على النساء بما بذلوا من أموالهم في المهر والنفقة[12].

ومع ذلك فقد تعرض هذا الوضع الاجتماعي الذي يحتل فيه الرجل هذا المركز المتميز إلى نوع من التخفيف بفضل تلك القواعد الخلقية التي أوجبت معاملة الزوجة بالمعروف. ولقد وجد المبدأ القرآني المؤكَّد مراراً والقاضي بتخيير الزوج بين «الإمساك

---

(12) يشير بهذا إلى قوله تعالى: ﴿**الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم**﴾ النساء: 34. ويبدو أنه يفهم القوامة هنا بمعنى الاستعلاء والاستبداد والسيطرة فإنه يرى احتفاظ التشريع القرآني بأسس البناء القانوني لأعراف الجاهلية. والقوامة في الفهم الإسلامي إنما تعني الإشراف والاختصاص بقيادة الأسرة. ولا أعرف كيف تمكن المؤلف من استنتاج ارتباط تشريع القرآن القوامة للرجال بالقانون العرفي القبلي. فيفهم نص القرآن أن حقوق المرأة نابعة مما عليها من واجبات ، وذلك في قوله تعالى: ﴿**ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف**﴾ [البقرة: 288]. وواجبات الرجل في الأسرة أخطر؛ فمن الطبيعي أن تقابل هذه الواجبات الإضافية بعض الحقوق الإضافية للرجال، تمكيناً لهم من أداء دورهم. فمصدر القوامة إذن تكليف الرجال بواجبات مالية تزيد على الواجبات الأخرى المشتركة بين الأزواج والزوجات.

وحقيقة يعطي القرآن الرجل وحده حق الطلاق، غير أن المفاهيم التي أتى بها قد أتاحت للمرأة الحق في الفرقة للأحوال التي يستعمل فيها الرجال حقهم في الطلاق. وقد أرست آية النساء في الشقاق وتعيين الحكمين ﴿**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها...**﴾ الأساس الفقهي الذي اعتمد عليه المذهب المالكي لتحديد الأسباب المتنوعة التي يصح فيها للمرأة حق طلب الطلاق. ويجمل هذه الأسباب العجز عن النفقة، والعجز الجنسي للزوج، والضرر والشقاق. وهذا السبب الأخير عام جداً، ويكاد يشمل معظم الأسباب التي يطلق الرجال نساءهم من أجلها.

فكيف يصح للمؤلف أن يستنتج احتفاظ القرآن بالمفاهيم الأساسية للنظام القانوني العرفي، وتغييره تغييراً جزئياً؟ إن الفرق كبير للغاية بين نظامين: يفترض أحدهما شراء الرجل للمرأة في الزواج، يطلقها بإرادته، ويهجرها برغبته، ويبقيها بمشيئته، وبين نظام آخر يرسي الحقوق والواجبات على أسس ومعايير منضبطة، وتحتل فيه الزوجة مركز المتعاقد، ويحق لها طلب التفريق إذا أخل الزوج بمفهوم العقد، أو لم يتمكن من استكماله، أو أحست بالشقاء معه. فهل تُبْقي كل أوجه الخلاف هذه على الاتفاق بين النظامين؟ ألا يبعد كل منهما عن الآخر بعداً تاماً؟ إن الاشتراك بينهما بعد ذلك في حق الرجل في الطلاق اشتراك لا يقربهما على الإطلاق إلا في بعض النتائج التي تشترك فيها كثير من النظم، دون أن تحقق معنى الاتفاق. والواقع أن تحليلات المؤلف لهذا الموضوع تفتقر إلى الإحاطة بجوانبه.

بالمعروف أو التسريح بالإحسان »[13] طريقه إلى التطبيق القانوني، فتضاءلت بهذا معاناة المرأة في المجتمع بعد أن أزال الإسلام أكثر السمات السابقة عليه جفاء وأشدها غلظة. والخلاصة أن التشريعات القرآنية إنما عمدت لتعديل العرف السائد وتغيير بعض جزئياته أكثر مما أرادت الإلغاء التام لقواعد هذا العرف.

ولعل قواعد الميراث هي خير مثال يعبر عن أوجه التشريع القرآني المتنوعة التي أشرنا إليها آنفاً؛ ففيما قبل الإسلام كان الهدف من قواعد الميراث العمل على دعم القوة الحربية للقبيلة. ولما كانت القبيلة مؤلفة من هؤلاء الذين ينحدر نسبهم من أصل أبوي مشترك فقد انحصر الميراث في العصبات وحدهم حتى تحتفظ القبيلة بأموالها. وكان المتبع أن يأخذ الميراث من العصبة أقربهم إلى الميت، بحيث تقدم الفروع في الاستحقاق، ثم الأب، ثم الأخوة وأولادهم، ثم أب الأب، وأخيراً الأعمام وأولادهم[13]. وتدل بعض الشواهد على تخصيص نصيب من التركة في بعض الأحيان بالوصية لأصحاب القرابات النسوية القوية[14]، مثل الأمهات والبنات، ومع ذلك فقد ظلت القاعدة العامة هي ألا ينال الإناث والصغار ميراثاً، وأغلب الظن أن ذلك يرجع إلى عجزهم عن الإسهام في الجهود الحربية للقبيلة.

وعلى الطريقة المعهودة للقرآن نراه يبدأ في تناول موضوع الميراث أول ما يبدأ بتوجيه ذلك النداء ذي الطابع الخلقي الذي يأمر فيه من دنا أجله بالوصية إلى الوالدين والأقربين بالمعروف[15]. وهذا الأمر يعتبر بوجه عام خروجاً واضحاً على ذلك النظام السابق للميراث، الذي كان يحصر توزيع التركة في العصبات من الذكور، وخاصة إذ تعترف الآية [16] بحق القريبات من النسوة في الاستحقاق. ويشير ذلك التحول إلى نوع التغيير الذي قدمه الإسلام للحياة الاجتماعية من مجتمع تتأسس فيه الروابط بين أفراده على علاقة الدم إلى مجتمع ينبني على العقيدة الدينية المشتركة. وهكذا حلت

---

(13) يشير بهذا إلى قوله تعالى في سورة البقرة [آية : 629؛ ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ وقد تكرر هذا التخيير فيها تلا هذه الآية وفي سورة الطلاق كذلك.

(14) كان على المؤلف أن يذكر مصدره، أو الأسلوب الذي استنتج به ما استنتجه، خاصة وأنه يريد أن يبني على ذلك نتيجة خطيرة، هي أن التشريع القرآني قد احتفظ بالترتيب الذي حدده العرف القبلي لتوريث العصبات.

(15) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين...﴾ النساء: 11.

(16) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين...﴾ النساء: 176.

الأسرة في المجتمع الجديد باعتبارها الوحدة الأساسية للمجتمع محل القبيلة[ب].

ثم حتمت الظروف فيما بعد الانتقال من هذا التوجيه الخلقي العام إلى قواعد أكثر ضبطاً للوقائع العملية، إذ تتابع نزول الآيات القرآنية عقب استشهاد العديد من الصحابة في الغزوات والحروب التي خاضوها ضد الكفار لتقرر أنصباء المستحقين من الأقارب، وتعين فروض ذوي الفروض منهم. وأصحاب الفروض هؤلاء تسعة، بينهم ست نساء، هن: الزوجة والأم والبنت والأخت الشقيقة والأخت الأب والأخت لأم، وثلاثة ذكور، اثنان منهم لم يكونا ليرثا في النظام القبلي كذلك، وهما: الزوج والأخ لأم، والآخر وهو الأب كان يحجب بالابن باعتباره أقرب منه إلى المورث. وعلى الرغم من أن القرآن لم يعين صراحة أنصباء العصبات على النحو الذي اتبعه في تحديد ميراث أصحاب الفروض فقد ذكر في مناسبة بيان ميراث الأولاد استحقاق الابن لضعف نصيب البنت[17]، كما أشار إلى استحقاق الأخ لضعف نصيب الأخت[18] عند اجتماعهما أيضاً. وهكذا فإن القرآن لم يقصد إلى إزالة نظام العصبات كلية، بل عمل على تحويره وتعديله، بغية تحسين حالة بعض القرابات النسوية، بأن أضاف إلى نظام العصبات طبقة جديدة من الورثة، هي طبقة أصحاب الفروض التي لم يكن لها نصيب في الميراث من قبل. وهكذا يتضح مرة أخرى أن التشريع القرآني لم يبطل القانون العرفي السائد بقدر ما عمل على تحويره والإضافة إليه[19].

لم يقدم القرآن تقنيناً مباشراً ومحدداً للمسلمين الملتزمين في سلوكهم وحياتهم بمقاييس الشرع وقواعده. وهناك كثير من المسائل التي يثيرها القرآن من حيث كونه نصاً تشريعياً، غير أننا لا نود هنا أن نعني أنفسنا بالتأويلات المعقدة المتصلة بتفسير القرآن، ولا بتحديد المضامين الدقيقة التي شغلت أذهان المتأخرين من المفسرين والفقهاء بعد تقدم العلوم الإسلامية. وهناك ـ مع ذلك ـ مشكلتان من المؤكد أن الصحابة قد اهتموا بهما اهتماماً مباشراً.

---

(17) أشارة إلى قوله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين﴾ البقرة: 180.

(18) الآية السالفة.

(19) لعل المؤلف على حق فيما يقرره من عدم استقصاء القرآن لأحكام الوقائع والنوازل، ولكنه أرشد إلى المصادرالأخرى (السنة والاجتهاد) التي تعين على تعرف الحكم الشرعي. وهذا هو الذي يفسر تفوق الصحابة على غيرهم ممن جاءوا بعدهم في الامتثال لمعايير الشرع، وصوغ حياتهم وسلوكهم وفقاً لما جاء به القرآن الكريم.

تتصل أولى هاتين المشكلتين بمسألة القيم القرآنية التي تنزع منزعاً أخلاقياً في أساسها، من حيث أثرها على الناحية العملية. لقد حرم القرآن الربا جملة[20]، مع أنه مما يبدو إسرافاً في البعد عن الواقع العملي[21] أن نفترض أن المقرض أو المقترض سوف يوليان اهتماماً بالجزاء الأخروي(ج) مماثلاً لاهتمامهما بأثر تعاملهما على مصالحهما الذاتية، وما يجلبه هذا التعامل من كسب أو خسارة.

وقد كان المحتوى القانوني للقواعد الخلقية بالغ الوضوح أحياناً. ففي موضوع القصاص والجروح - مثلاً - وضع القرآن معياراً للعدالة يتمثل في مبدأ «النفس بالنفس والعين بالعين»[22]. وفيما قبل الإسلام كان هناك هذا النظام الفظ القائم على التصور العرفي للعدالة في تغليبه لمفهوم الثأر عند التعامل مع مثل هذه الجنايات. وكان من عادة القبيلة التي أضير فرد منها أن تحرص على الانتقام من قبيلة الجاني، باعتبارها مسؤولة مسؤولية جماعية عما بدر من أحد أفرادها. ولن تستقر روح المقتول قبل أن يؤخذ بثأره المناسب لمكانته من القاتل وقبيلته. ونظراً للميل الطبيعي لدى كل قبيلة إلى المبالغة في قيمة المقتول من أبنائها فقد كان المتبع أن تثأر للعدوان عليه بقتل شخصين أو أكثر. فجاء المبدأ القرآني (النفس بالنفس) ليغير الجزاء القانوني للقتل تغييراً جذرياً، ولتصبح نفس القاتل وحدها مرهونة بالقصاص جزاء ما اقترفت. وقد انتقل هذا التغيير إلى مجال المصطلحات، فحلت كلمة «القصاص» التي تعني المجازاة بالمثل محل كلمة «الثأر» التي تعني الانتقام الدموي. والذي تجدر ملاحظته أن القرآن قد ترك البنية

---

(20) أشارة إلى قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا. .﴾ البقرة: 274.

(21) هكذا يغلب المؤلف أنموذج الاقتصاد الغربي، ليحكم من وجهة نظر هذا الاقتصاد على قاعدة تحريم الربا في الإسلام بأنها مسرفة في طلب المثال، ولا تنطبق على الواقع المادي. وليس في الأمر إسراف مثالي إلا إذا قبلنا الواقع الاقتصادي الرأسمالي وعجزنا عن تصور غيره، وإلا إذا اعتقدنا أن الإنسان أسير للنظرة المادية السائدة. والواقع أن تاريخ الإنسان قد عرف أنظمة اقتصادية تحتقر الربا وتحرم التعامل به. وتشهد المجتمعات الإسلامية الآن تجربة البنوك الإسلامية التي تقوم فلسفتها على أساس تحريم الربا. وفي مجرد قيام هذه البنوك ما يدل على واقعية هذا التحريم وإمكان تطبيقه في الواقع. وأمامي تقرير قدمه رجال الاقتصاد في باكستان لتحويل البنوك الربوية السائدة في هذا البلد إلى بنوك لا ربوية في مدة ثلاث سنوات. فهل النهي عن الربا نوع من المغالاة المثالية، لا انطباق لها على الواقع؟

(22) أشارة إلى قوله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص. . .﴾ المائدة: 45.

الأساسية على حالها دونما تغيير[23].

ويظهر ذلك في احتفاظه بتصنيف القتل داخل موضوعات القانون الخاص[24]، فألحقه بالأضرار المدنية بدلاً من أن يلحقه بموضوعات القانون العام، ولذا أعطى للأولياء حق طلب القود أو أخذ الدية أو العفو عن القاتل. وبهذا بقي القتل في إطار التصور العرفي للعدالة، مع تعديل هذا التصور بما يلائم القاعدة الخلقية التي توجب المثلية العادلة بين الجزاء والجناية. ولا شك في أن قاعدة (النفس بالنفس) نابعة من المبدأ الديني العام الذي يعتبر المسلمين سواسية[25]، عند الله [عز وجل]، فلا فضل لأحد منهم على الآخر.

غير أن المضامين القانونية لمبادىء القرآن الأخلاقية قد لا تتسم بهذا الوضوح دائماً. فالتعدد إلى أربع زوجات مباح صراحة، وهذه الإباحة مقيدة بقدرة الزوج الذي يعدد زوجاته على معاملتهن معاملة عادلة، وإلا وجب عليه ألا يتزوج أكثر من

(23) لعل القارىء يكتشف بنفسه تناقض المؤلف في تقريره أن القرآن غير الجزاء على القتل تغييراً جذرياً، وفي تقريره بعد ذلك أن القرآن احتفظ بالبناء العرفي في النظر إلى القتل دونما تغيير.
ودليله على استنتاجه الأخير أن الشرع أعطى الأولياء حق طلب القود أو العفو عن القاتل أو أخذ الدية، وبهذا يدخل القتل ضمن مسائل القانون الخاص في التصنيف الحديث لموضوعات القانون. ومن هذا يصل المؤلف إلى القول بتناقض النظر الإسلامي للقتل مع النظرة القانونية الحديثة، التي تعتبر القتل من موضوعات القانون العام.
والواقع أن الشرع أعطى لأولياء الدم هذه الحقوق المتنوعة شفاء لنفوسهم مما وقع عليهم من ضرر خاص. ولكنه خول للمجتمع في الوقت نفسه حق الافتيات على إرادة أولياء الدم وتعزير الجاني بقتله، حتى ولو قرروا العفو عن هذا الجاني أو قبول الدية. وينبع ذلك من نظر القرآن إلى القتل باعتباره تعدياً على الناس جميعاً لا على المقتول وحده. يقول الله تعالى: ﴿**من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفساً بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً**﴾ (المائدة: 32). وباختصار يتنازع القانون الخاص والعام في التسمية القانونية الحديثة جريمة القتل في الإسلام. وهكذا لم يكن العرف القبلي مصدر إعطاء أولياء الدم بعض الحقوق على القاتل بقدر ما كان مصدره مراعاة المصالح الخاصة دون إهمال المصالح العامة. لمزيد من الوضوح انظر: التشريع الجنائي للمرحوم عبد القادر عودة 184/2 والعقوبة للمرحوم محمد أبي زهرة ص 535.

(24) القانون الخاص هو الذي ينظم علاقة الأفراد بعضهم ببعض، أما القانون العام فيتعلق بحقوق الدولة وواجباتها، ومن فروعه الدستوري والجنائي والإداري،

(25) لا تنبع هذه القاعدة من المساواة بين المسلمين فحسب، وإنما تتجه إلى حفظ الحياة الإنسانية كذلك، طبقاً لما أوضحه القرآن نصاً. ولذا أوجب بعض الفقهاء قتل المسلم بالذمي قصاصاً.

واحدة[26]. فهل هذا شرط قانوني للزواج بأكثر من واحدة؟ وإذا كان الأمر كذلك فما جزاء الخروج على هذا الشرط؟ أم هو مجرد شرط أخلاقي متروك للضمير الشخصي للزوج؟ لا شك في حاجة كل هذه الأسئلة إلى إجابات محددة[27] ترسم الطريق أمام الملتزمين بتطبيق أوامر الشرع وقواعده في واقع حياتهم.

وتتصل المشكلة الثانية، ولعلها أكثر وضوحاً من سابقتها، بظاهرة عدم استقصاء التشريع القرآني للمشكلات القانونية، وعدم إشارته ولو بكلمة للعديد منها. غير أن هذه الظاهرة لم تحدث أية صعوبة، وبخاصة لمجتمع المسلمين الأول؛ إذ استمر العمل بالقانون العرفي في المسائل التي لم يحدد القرآن أحكامها. ويفصح نظم القرآن وروحه العامة عن قبوله لأعراف الناس وما استقروا عليه في معاملاتهم، ما لم ترد نصوصه بما يناقض هذه الأعراف أو تلك المعاملات. على أن أحكام القرآن تبدو ـ في مسائل معينة ـ على قدر كبير من الإجمال. ومن ذلك ما تواردت عليه الآيات الدالة على وجوب أخذ الزكاة من فضول أموال الأغنياء لتدفع إلى المحتاجين من الفقراء، دون بيان للتفصيلات العديدة التي تضبط جبايتها وتوزيعها[28]، ولذا كان من الطبيعي أن تتطور قواعدها البسيطة التي لم تعد كافية بحكم تقدم المجتمع إلى نظام ضريبي متكامل تتحدد فيه الأموال التي تجب فيها الزكاة والمقدار الواجب في هذه الأموال، وكيفية

---

(26) أشارة إلى قوله تعالى: ﴿**وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا**﴾ النساء: 3.

(27) أجاب القرآن بعامة عن الواجب في حالة خروج الزوج عن العدل في معاملة زوجاته أو زوجته. ويمكن تلمس هذه الإجابة في قوله تعالى: ﴿**وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها أن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان علياً خبيراً**﴾ النساء: 35. وقد انتهى المذهب المالكي من ذلك إلى إثبات حق الطلاق للمرأة في حالة عدم التزام الزوج بمعاملتها بالمعروف. وقد استند الفقه المالكي في هذا إلى مرويات كثيرة عن الصحابة والتابعين. ويدل ذلك على إمكان الوصول من النص القرآني إلى اعتبار العدل شرطاً قانونياً، يحق للزوجة عند فقده أن تطلب الطلاق.

(28) الواقع أن نصوص القرآن في الزكاة بعينها ليست مجملة هذا الإجمال الذي يقرره المؤلف؛ إذ ضبط القرآن مصارفها. يقول الله تعالى: ﴿**إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم**﴾ التوبة: 60. وكذلك ضبط كثيراً من أصناف الأمول التي تجب فيها الزكاة؛ فقد بين وجوبها في الزروع وكل ما أخرجته الأرض والتجارات المختلفة. راجع في ذلك فقه الزكاة للدكتور يوسف القرضاوي 52/1 وما بعدها.

صرف المأخوذ من هذا الواجب إلى مستحقيه، وينبغي ألا يشكل ذلك في فهمنا أي قصور في النص القرآني بالرغم من أن القرآن قد أتى في بعض المجالات بقواعد جديدة تبدو غير مكتملة في ذاتها. ومن أبرز الأمثلة في هذا الصدد ما سبق عرضه من أحكام الميراث؛ فإن إحلال نظام الفرائض محل الأمر بالوصية للوالدين والأقربين كان لا بد أن يثير أسئلة لا نجد جوابها في القرآن: أهذه الوصية ما تزال جائزة؟ وإذا كانت كذلك فما حدها؟ ولمن تصح[29]؟

إن مهمة الفصول التالية هي التعرف على الأسلوب الذي تم به بيان ما أجمل وتوضيح ما خفي والإجابة على ما أشكل من هذه الأسئلة وغيرها مما ألمحت إليه. لقد حاولنا في هذا الفصل تقديم تقويم موضوعي للدور التشريعي للقرآن. وقد بدا بما فيه الكفاية أن القرآن لا يقدم على نحو صريح ومفصل حلولاً لكل المشكلات التي يتطلبها بناء المجتمع. وقد أرسى القرآن بشكل قاطع المبدأ المتمثل في أن الله [تعالى] هو وحده مصدر كل حكم؛ وأن أمره يجب أن يطاع في كل شأن من شئون الحياة[30]. غير أن هذا المبدأ لم يكن قد ترجم بعد إلى بناء قانوني شامل أو مستوعب لمشكلات المجتمع الإسلامي. وقد أظهرت الأحداث التالية حقاً أن ما قدمته النصوص القرآنية من أحكام وقواعد إنما تمثل في البناء التشريعي الإسلامي، نقطة الانطلاق، ولا تكاد تتجاوز مرحلة البداية الأولى، وهو البناء الذي أكملته جهود الأجيال المتتابعة من المسلمين[31].

---

(29) تنص آيات الفرائض (سورة النساء: 11, 12 على البدء بالوصية إن وجدت قبل توزيع التركة على مستحقيها من الورثة، ويعني ذلك أن الوصية ما تزال جائزة. ثم إن السنة قد بينت حدها بالثلث وأنها لا تصح للورثة.

(30) ذكرتُ بعض الآيات القرآنية التي نصت على وجوب طاعة الله ورسوله في تعليق في أول هذا الفصل.

(31) أجد من واجبي التعليق في نهاية هذا الفصل بما يساعد على تتبع تحليلات المؤلف وتقويمها. ويتلخص أهم ما جاء في هذا الفصل فيما يلي:

(أ) رجع القرآن سلطة التشريع إلى الله عز وجل ورسوله ﷺ بعد أن كانت الجزيرة العربية محكومة بتنظيم قانوني عرفي.

(ب) غلب الاتجاه الخلقي في التناول التشريعي القرآني، بدليل إغفال الجزاء العملي على الخروج على التوجيهات القرآنية من ناحية، والاهتمام بالجزاء الأخروي على الامتثال أو المخالفة لهذه التوجيهات من ناحية أخرى. وقد أدت غلبة الاتجاه الخلقي من وجهة نظر المؤلف إلى قلة التشريعات القانونية في القرآن عددياً، وإلى عدم استقصاء القرآن للعلاقات القانونية التي يتطلبها بناء المجتمع. =

= ويحدد المؤلف علاقة التشريعات القرآنية بالعرف القبلي، فيذكر أن التشريعات القرآنية إنما عمدت إلى إصلاح هذا العرف ولم تنقضه من أساسه.

كما يحدد طبيعة التوجيهات الخلقية بالنظر إلى محتواها القانوني، فيذكر أن هذا المحتوى كان واضحاً أحياناً، وأنه كان على قدر كبير من الإجمال في بعض الأحيان الأخرى.

وينحصر تعليقي على هذا في النقاط التالية:

أ ـ من الناحية المنهجية يتناول المؤلف الجانب القانوني للنصوص القرآنية بالتركيز على الدلالات المباشرة لهذه النصوص، وبعزل هذه الدلالات بعد ذلك عما يفسرها من السنة. ويثير هذا تساؤلاً على قدر كبير من الأهمية، تصدى الفكر الإسلامي للأجابة عليه في مختلف العصور. ويتصل هذا التساؤل بمنهج تفسير القرآن وهو: هل يصح إفراد دلالات معينة للقرآن، والوصول إلى فهمها فهماً حقيقياً بعد عزلها عن غيرها؟ وهل يصح إفراد النص القرآني وفهمه بمعزل عن السنة؟ وهل يمكن للباحث الحديث فهم النص القرآني بمعزل عن تفسير الفقهاء والمفسرين الذين بذلوا جهوداً ضخمة في استبانة نصوص القرآن وفهمها والوقوف على معانيها؟ إن إثارة هذه الأسئلة يدل بوضوح على أن منهج المؤلف ـ في فهم الجانب التشريعي للقرآن ـ منهج ناقص لا يؤدي إلا إلى نتائج مبتورة في تصوره للتشريعات القرآنية. والمنهج الإسلامي في فهم معاني القرآن يتمثل في وجوب ضم الدلالات القرآنية المختلفة، والنظر فيها جميعاً، فالقرآن يفسر بعضه بعضاً على ما هو معروف. كما يصر المنهج الإسلامي على وجوب النظر إلى نصوص القرآن في ضوء السنة، فإنها تفسره. وقد بذل المفسرون عبر الأجيال جهوداً ضخمة بحيث لا يصح للباحث الحديث أن يتجاهلها ويبدأ من جديد. إن منهج المؤلف مبسط للغاية، وكان الأولى به أن يختبر منهجه هذا، ويعرضه على مناهج تفسير القرآن المقبولة، وذلك قبل أن يستخدمه بالفعل ويصل منه إلى هذه النتائج المفرطة في الثقة.

ب ـ وهناك ملاحظة منهجية أخرى، وتتمثل في أن المؤلف استعان بكثير من الأخبار والروايات التي تصور حياة العرب القانونية قبل الإسلام، بدون أن يوجه إلى هذه الأخبار أدنى قدر من التشكك، على الرغم من أنه سيرفض بعد ذلك كثيراً من السنن التي تزيد على هذه الاخبار في الصحة والقبول، وعلى الرغم من العناية الزائدة بهذه السنن. ولا نلومه على القبول بقدر ما نلومه على الرفض، أو أنه كان عليه ـ في الأقل ـ أن يبين لنا منهجه الذي بنى عليه قبوله لما روى عن أعراف العرب وقوانينهم.

ج ـ أما مسألة علاقة التشريعات القرآنية بالأعراف الجاهلية فاعتقاد المؤلف أن هذه التشريعات إنما قبلت البنية الأساسية للتنظيم العرفي، مع استبدال بعض قواعد هذا التنظيم لكي يتلاءم مع التوجيهات الخلقية ومبادىءالدين الإسلامي. ويختلف هذا الرأي جملة وتفصيلاً مع التصور الإسلامي. فالتقابل حاد للغاية بين ما هو جاهلي وما هو إسلامي. والملاحظ هنا أن أمثلة المؤلف وأدلته لا تنهض لتعضيد رأيه هذا. إذ كيف يتفق نظام الزواج الجاهلي الذي يقوم في أساسه على ما يشبه شراء الرجل للمرأة مع النظام القرآني الذي يقوم في أساسه على التعاقد بين الرجل والمرأة. إن هذا التعاقد قد أدى بعد ذلك إلى تنظيم كامل لحقوق الطرفين وواجباتها، كما أنه هو =

الذي فتح الطريق لإقامة العلاقة بين الطرفين على المودة والسكن والرحمة. فهل تتفق هذه الصياغة الجديدة لمفهوم علاقة الزواج ولحقوق الطرفين وواجباتها مع ما كانت عليه في المجتمع الجاهلي؟ لا شك أن الإجابة ستكون بالنفي عند أي باحث له أقل قدرة على التحليل العلمي الأمين. وكذلك: هل يتفق نظام ميراث يحرِم النساء والصغار ويقوم في أساسه على النظر للمصلحة الحربية للقبيلة مع نظام آخر يقرر استحقاق هؤلاء الضعفاء لنصيب من التركة، ويقوم في أساسه على النظر لمصلحة الأسرة؟ قد يكون هناك اتفاق في الجزئيات والاعتراف بحق العصبة، ولكن الأساس مختلف اختلافاً كلياً.

وحسب المؤلف هنا أنه قد حاول دراسة التشريع القرآني، واختار منهجاً لدراسته هذه. ويكفيه أنه لفت النظر إلى موضوع لم ينل عناية تناسب أهميته في التفكير الفقهي. ولقد درس المرحوم محمد عبد الله دراز الجانب الخلقي في أول بحث حديث لهذا الجانب، في كتابه دستور الأخلاق في القرآن الذي ترجمه من الفرنسية الدكتور عبد الصبور شاهين (نشرته دار البحوث العلمية سنة 1965 م). ويجب القيام بما يماثل هذه الدراسة لتوضيح الجانب التشريعي للقرآن، مع تعديل المنهج الذي رسمه المؤلف في هذا الفصل.

الفصل الثاني

الواقع التشريعي في القرن الأول الهجري

شهدت فترة ما قبل انتصاف القرن الثامن الميلادي انتقال الإسلام من مجتمع ديني محدود في الجزيرة العربية إلى امبراطورية[1] عسكرية كبرى، هددت حدود الدولة المسيحية اللاتينية في جبال البرانس من جهة الغرب، وأطلت على الحدود الشمالية لشبه القارة الهندية من جهة الشرق. وقد ضمت هذه الامبراطورية خليطاً ضخماً من الأجناس والثقافات والديانات، وامتدت سيادتها السياسية إلى مناطق متباينة؛ إذ شملت مناطق كانت خاضعة في السابق لحكم الروم البيزنطيين أو الفرس ذوي الحضارات البالغة التقدم، ومناطق أخرى استوطنها العرب وقبائل البربر في الشمال الأفريقي، ممن كانوا أقرب إلى الحياة البدائية. ويكفي قليل من التأمل لنتخيل تلك المشكلات الحادة التي واجهت قادة العرب في تنظيمهم الإداري لتلك المناطق غداة انتصارهم، وما تلاه من تدفق الصعوبات الاقتصادية والاجتماعية التي كان عليهم أن يعالجوها في وقت لم يفرغ فيه المسلمون من حل مشكلاتهم السياسية الداخلية، وما أدى إليه النزاع حول حق الخلافة من اشتعال الحروب الأهلية وقيام سلسلة من الثورات وتأليف الأحزاب السياسية المعادية للسلطة المركزية. هذه الظروف التاريخية ـ بما زخرت به من أحداث متدافعة ـ قد حددت مجرى التطور القانوني في القرن الأول الهجري.

---

(1) هذا هو التصور الاستشراقي للدولة الإسلامية.

لقد كان من الطبيعي أن يجد المسلمون في شخص النبي [ﷺ] القاضي الأمثل الذي كان يفصل في منازعاتهم طوال فترة حياته. غير أن الأجيال المتأخرة قد نسبت إليه قدراً كبيراً من الأحكام التشريعية. وقد كان هذا الأمر ـ وهو مدى ما لتلك الأحكام من دور في التشريع زائد على ما في القرآن ـ واحداً من أهم الموضوعات التي قام حولها الخلاف في الحقبة الأولى لتاريخ التشريع الإسلامي. وسنناقش ذلك على أية حال في مناسبته التي تحين فيها بعد. ونكتفي هنا بالقول بأن محمداً [ﷺ] لا بد أن يكون قد واجه أثناء حكمه بالمدينة كثيراً من المسائل التشريعية، وبخاصة تلك التي تثيرها طبيعة الأحكام القرآنية على ما عرضنا من قبل. ونكتفي هنا بالقول بأن القرآن قد أبطل ـ على نحو قاطع ـ الاحتكام لكهان الوثنية، وبأن محمداً [ﷺ] كان قد شغل منصب القاضي الأعلى، باعتباره الأمين على الوحي والمفسر لنصوص القرآن العامة والمجملة.

ويكفي هنا إيراد مثال واحد لإيضاح الطبيعة الخاصة لأحكام النبي [ﷺ] ذات الجوانب المتعددة. ففي موضوع الميراث قدم القرآن إصلاحات جذرية، وإن اتسمت بالإبهام والإجمال. وقد تتابعت أحكام النبي [ﷺ] لتوضح هذا الإبهام، وتبين ذلك الإجمال.

أولاً أقام النبي [ﷺ] العلاقة بين أصحاب الفروض الذين حدد القرآن أنصباءهم وبين العصبات الذين انحصر الإرث فيهم في القانون العرفي السابق، وذلك بأن أوجب البدء بتوزيع التركة على أصحاب الفروض ليذهب ما بقي منها بعد ذلك إلى أقرب عاصب[2] ذكر. وثانياً بين محمد [ﷺ] وجوب ذهاب القدر الأكبر من التركة إلى مستحقيها طبقاً لما سبق بيانه، وذلك بتقييد حق المورث في الوصية إلى ثلث الموروث[3] مما ترك. وأخيراً فقد ضمنت السنة مبدأ عدم الإخلال بالتوازن بين

(2) حديث ألحقوا الفرائض بأهلها فما تركت الفرائض فلأولي رجل ذكر. أورده البخاري ومسلم وابن ماجه في كتاب الفرائض وأحمد بن حنبل في مسنده: 313/1 عن ابن عباس بلفظ. «اقسموا المال بين أهل الفرائض على كتاب الله تبارك وتعالى، فما تركت الفرائض فلا ولي رجل ذكر».

(3) إشارة إلى حديث سعد بن أبي وقاص: «عادني رسول الله ﷺ من وجع أشفيت منه على الموت، فقلت يا رسول الله: بلغني ما ترى من الوجع وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا. قلت أفأتصدق بشطره؟ قال: لا. الثلث، والثلث كثير. إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس، ولست تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت بها، حتى اللقمة تضعها في امرأتك». رواه مسلم بهذا اللفظ في كتاب الوصية. والبخاري في مواطن كثيرة منها كتاب الجنائز والفرائض، ورواه مالك في الموطأ في كتاب الوصية، وأبو داود والترمذي وابن ماجه في كتاب الوصايا.

استحقاقات الورثة الشرعيين بما نص عليه من أنه: «لا وصية لوارث»[4].

وهكذا وضعت السنة بمثل تلك الأحكام الأساس الأول لقيام بناء قانوني مستمد من مبادىء القرآن الأخلاقية. ولكن محمداً [ﷺ] لم يبذل أية محاولة كي يضع ـ بذلك ـ ما يشبه أن يكون تقنيناً كاملاً، مكتفياً بتقديم حلول تختص بما يعرض من مشكلات[5].

لقد بقيت المدينة قرابة ثلاثين عاماً بعد وفاة النبي (في سنة 632 م) [العام الحادي عشر الهجري] مركز النشاط الأساسي للمسلمين، حيث كانت المشكلة الرئيسية التي واجهتهم هي خلافة النبي [ﷺ] في سلطته السياسية. وقد كان طبيعياً في أول الأمر أن يستحق هذا المنصب بعده ذوو المكانة من أعوانه المقربين، فانعقدت الولاية ـ على التعاقب ـ لأربعة من أخلص صحابته، هم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي.

وخلال هذه الفترة حققت جيوش الفتح الإسلامي انتصارات متزايدة، فطردت البيزنطيين من سوريا ومصر، واستولت على بلاد فارس. وثارت بسبب تلك الفتوح مشكلات جديدة، تعين على هؤلاء الخلفاء أن يواجهوها. وينسب الفضل إلى عمر في إرسائه أصول النظام المالي بإنشائه ـ عام 641 م ـ «الديوان، لتيسير دفع الرواتب إلى مستحقيها، وبقراره ألا تقسم الأرض المفتوحة على الجند الغانمين، وإبقائها على الملكية العامة للمجتمع الإسلامي، منشئاً بذلك صورة جديدة[6] لملكية الأرض والانتفاع بها.

---

(4) حديث: «لا وصية لوارث» رواه البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والدارمي في كتاب الوصايا، كما رواه ابن حنبل في مسنده عن عمرو بن خارجة بلفظ جاء فيه «إن الله قسم لكل إنسان نصيبه من الميراث فلا تجوز لوارث وصية». المسند: 186/4.

(5) توهم عبارة المؤلف أن السنة جاءت بأحكام جزئية، تعالج مشكلات خاصة، واجهها النبي ﷺ. ومع ذلك فإن المؤلف يشير إلى ثلاثة أحاديث هي أشبه بالقواعد العامة منها بالأحكام الجزئية. ولو تفطن المؤلف إلى هذه الأمثلة من السنة لتردد في الحكم على السنة بأنها وردت لتقدم حلولاً خاصة للمشكلات الطارئة.

(6) انظر في هذا مثلاً كتاب: الخراج لأبي يوسف ص 29 وما بعدها، المطبعة السلفية 1346 هـ. وانظر أيضاً كتاب الأموال لأبي عبيد القاسم بن سلام ص 074. والواقع أن عمر لم ينشىء نظاماً جديداً لملكية الأرض بقدر ما كان متبعاً لسنة رسول الله ﷺ ، فإنه فتح مكة وغيرها ولم يقسمها بين الجنود، بل تركها لأهلها.
أما إنشاء عمر بن الخطاب للديوان فيرجع فيه مثلاً إلى الأحكام السلطانية للماوردي ص 199 ط البابي الحلبي 1393 هـ ـ 1973 م.

ومع ذلك كان تحديد أنماط العلاقات داخل المجتمع الإسلامي الشغل الشاغل لحكومة الخلافة.

وفي هذا كان واجب الخلفاء ومستشاريهم العمل على اطراد تحقيق النصوص القرآنية وتطبيقها في الواقع بنفس الروح التي أذكاها فيهم قائدهم الأول [ﷺ]. ويمكن توضيح جهودهم هذه بنماذج نختارها كذلك من موضوع الميراث. ولعله من السهل أن نفهم سبب الأهمية التي اكتسبها هذا الموضوع بعينه من بين الموضوعات التشريعية التي عولجت في المدينة عاصمة الخلافة. لقد عبر التنظيم القرآني الجديد للميراث عن التحول من مجتمع قبلي إلى مجتمع أصبحت الأسرة وحدته الأساسية، واستقر فيه لكثير من الأقارب من غير العصبات حقوق في الميراث. وقد كان هناك نوع من التنازع[7] غير المحسوس بين هذين النظامين القديم والجديد، مما أدى إلى ظهور كثير من المشكلات، التي كان حلها - في الحقيقة - أمراً حتمياً على الصعيد العملي. فقد سبَّب تدفق غنائم الحروب على بيت المال الانشغال الزائد بهذه الثروات الطارئة المكتسبة، وأدى هذا الانشغال بدوره إلى نشاط قانوني حول انتقال هذه الثروات عند وفاة أصحابها، بغية تمكين الورثة من القيام عليها.

وينسب لعلي بن أبي طالب أنه أفتى بالعول، وهو طروء النقص في الفروض التي خصصها القرآن للورثة عندما تزيد السهام على أصل التركة. ففي المسألة التي اتخذت اسمها - المنبرية - من الملابسات التي اكتنفتها أجاب على البديهة - حينما قاطعه - وهو يخطب على المنبر - سائل سأله عما تأخذه زوجة (فرضها الثمن) من مال زوجها الذي ترك بنتين (فرضهما الثلثان) وأبا (فرضه السدس) - قائلاً: يصير ثمن الزوجة تسعاً، ويطرأ

---

(7) ليس في الأمر «تنازع» بين نظام الميراث الذي سنه القرآن وما كان عليه العرب في توارثهم قبل الإسلام. فإن العصبات يستحقون نصيباً في التركة بالنص القرآني العام الذي يقرر أن للرجال والنساء من الأقرباء للميت نصيباً في الميراث. (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً) النساء: 7. ويقرر القرآن استحقاق العصبات بغير طريق استحقاق ذوي الفروض فيما أشار إليه من أخذ «الذكر» مثل حظ الأنثيين عند ذكر ميراث البنات مع الأولاد وعند ذكر ميراث الإخوة مع الأخوات. وإذن فإن القرآن شرع نظاماً كاملاً للميراث تحدد فيه استحقاق العصبات، وأصحاب الفروض، ويختلف في أسسه وتفصيلاته عما كان عليه التوارث في الجاهلية، بل ويختلف كذلك عن النظم الحديثة المعمول بها في الغرب الرأسمالي، تلك النظم التي تنطلق من الخضوع لإرادة «المورث»، وتدور على توزيع تركته وفق ما يراه في وصيته.

النقص[8] بدوره على الجميع.

ولم يكن الحل في مشكلات أخرى ميسوراً على هذا النحو للقضاة الآخرين؛ فقد أفتى أبو بكر أول الأمر فيمن مات ولم يترك سوى أم أم وأم أب بذهاب التركة جميعها لأم الأم وحدها. ولعل أصله في ذلك أن القرآن لم يخصص للجدة ميراثاً؛ وأنها ـ أي الجدة ـ إنما ورثت لنيابتها عن الأم، فرأى أن أم الأم أولى بالنيابة من أم الأب. فاعترض عبد الرحمن [بن سهل] علي أبي بكر لإعطائه التركة لأم الأم، وهي لو ماتت قبل هذا الميت لم يكن ليرثها، إذ هو ابن بنتها، ولحرمانه أم الأب التي كان للميت أن يرثها بالتعصيب لو ماتت قبله، إذ هو ابن ابنها. وفي ذلك خروج على مبدأ المعاملة بالمثل. فرجع أبو بكر عما كان قضى به، وأشرك الجدتين في التركة بالتساوي.

ولعل أكثر النماذج تمثيلاً لحدة الخلاف بين النظامين القديم والجديد في الميراث تلك المسألة المعروفة بالحمارية، التي اجتمع فيها على إرث المتوفاة: زوج وأم وأخوان لأم وأخوان شقيقان. ولما كان الواجب إعطاء أصحاب الفروض حقهم أولاً فقد قضى عمر بأخذ الزوج النصف والأم السدس والأخوين لأم الثلث. وهكذا استغرق أصحاب الفروض التركة، فلم يبق شيء للأخوين الشقيقين الوارثين بالتعصيب. ولكنهما اعترضا بشدة على حرمانهما من أخذ شيء من التركة لمزاحمة الأخوين لأم، وهما يدليان إلى الميتة بجهة واحدة، على حين يدلي الشقيقان إليها بجهتي الأم والأب، ومن عصبتها والأولى بميراثها من أخويها لأم اللذين ليسا كذلك. ولما لم يكن هناك أدنى خلاف حول نصيب كل من الأم والزوج فقد كان من الطبيعي أن تنتهي المسألة إلى انحصار استحقاق الثلث الباقي في الشقيقين الوارثين بالتعصيب طبقاً للنظام العرفي القديم، وفي الأخوين اللذين عين التشريع القرآني الجديد فرضهما. ولهذا انتصر عمر

---

(8) حدثت المسألة المنبرية (زوجة وأبوين وبنتين) في خلافة علي بن أبي طالب رضي الله عنه. وأصل المسألة من (24) لاجتماع الثمن مع الثلثين والسدس، فتعول إلى: (27). ولكن هذه المسألة لم تكن أول ما وقع للصحابة من مسائل العول؛ فقد كانت وقعت قبلاً في خلافة عمر بن الخطاب (انظر المبسوط للسرخسي 161/29، والخرشي على مختصر سيدي خليل 211/8). فلا عجب إذن أن يجيب علي بن أبي طالب فوراً ما دامت المسألة معروفة من قبل. ولم يكن هناك سبب لدهشة المؤلف المصطنعة من قدرة عليّ على حل المسألة بهذا اليسر. ويلاحظ أن العول سببه تزاحم أصحاب الفروض لا العصبات، فكيف يعتبره المؤلف نموذجاً لما أسماه بالتناقض بين أصحاب الفروض أو نظام الميراث القرآني ـ وبين النظام الجاهلي الذي كان يحصر الاستحقاق في العصبات؟ وينطبق ذلك على مثاله الذي ذكره في التشريك بين الجدتين فإنهما من أصحاب الفروض، ولا تنازع بينهم وبين غيرهم على ما أراد المؤلف أن يصوره هنا.

للأخوين لأم وأعطاهما فرض الثلث. وهنا أعاد الأخوان الشقيقان إثارة المشكلة، على أساس اشتراكهما مع الأخوين الآخرين في ذات العلاقة التي أوجبت لهما فرض الثلث، إذ إنهما يدليان إلى الميتة بالأم أيضاً. فلم يملك عمر إزاء اقتناعه بهذا المنطق إلا أن يعود فيقسم الثلث بالتساوي على جميع الإخوة. وقد أخذت هذه المسألة تسميتها من الطريقة التي بينّ بها الأخوة الأشقاء حقهم في التسوية بالإخوة لأم، واطراح، كونهم من العصبات. وعبارتهم في هذا: «هب أن أبانا كان حماراً أو حجراً ملقى في اليم، ألسنا من أم واحدة»[9].

ويظهر من هذا الاستعداد الذي أبداه أبو بكر وعمر للأخذ بحجة الآخرين فيما يعرض من قضاء أن مهمة تفسير التشريعات القرآنية لم تكن امتيازاً لجهة رسمية معينة؛ بل اشترك في ممارستها كل من أهلته مواهبه للاضطلاع بها من علماء الصحابة وأتقيائهم، من أمثال زيد بن ثابت الذي كان من كتاب الوحي للنبي [ﷺ] والذي ارتبط اسمه بالقدرة على حل المعضلات الحسابية في الميراث. وكان من المسلم به أن الخلفاء ـ وقد قاموا مقام النبي [ﷺ] فيما كان له من سلطة سياسية في الأقل، إن لم تكن خلافتهم له ذات صبغة دينية كذلك ـ على أعلى درجة من الكفاية في القضاء والفصل فيما ينشأ من خلاف. ولكن ليس هناك ما ينفي افتراض قيام غيرهم من كبار الصحابة بالمشاركة في هذا الدور، خاصة وأنه كان من حق المتخاصمين في العرف القبلي أن يختاروا الحكم الذي يفصل بينهم في موضوع النزاع.

لقد كان أمراً طبيعياً أن يكون للخلفاء وحدهم حق تحديد الآراء التي يقضي بها بين الناس، وهو الحق الذي استمدوه من الآية القرآنية: ﴿أطيعوا الله وأطيعوا

(9) اختلف علماء الصحابة في هذه المسألة، فذهب بعضهم إلى التشريك بين الاخوة جميعاً في فريضة الثلث المعينة في القرآن للأخوة لأم. هذا رأي عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وشريح والثوري ومالك والشافعي. وكان عمر ينفي التشريك ثم عاد إليه. ويروي نفي التشريك عن كثير من الصحابة منهم علي وأبو موسى الأشعري وأبي بن كعب، وهو أرجح الروايتين عن ابن مسعود. وإلى هذا ذهب كثير من علماء الأحناف. انظر المبسوط للسرخسي 154/29. وليس الأمر على ما ذكره المؤلف من أن هذه المسألة إنما تصور الخلاف بين أصحاب الفروض والعصبات. فالواقع أن تشريك الأشقاء في الثلث مع الإخوة لأم إنما يرجع إلى تحقيق مناط الاستحقاق وسببه في الجميع. فالأشقاء مثل الإخوة لأم يدلون إلى الميت عن طريق الأم، فلم يكن هناك سبب لإنكار استحقاقهم. وهذا هو جوهر دفاعهم. لقد ذكروا أن القرآن نفسه ينص على استحقاقهم من الثلث المفروض للأخوة لأم. وقد غاب ذلك عن عمر في البداية، وحينما اقتنع بحجتهم ووضح له اشتراكهم مع الإخوة لأم في سبب الاستحقاق ـ أشركهم جميعاً في فريضة الثلث. وإنما كان اختلاف الصحابة في هذه المسألة لاختلافهم في تفسير النصوص الشرعية وتطبيقها في الواقع.

الرسول وأولي الأمر منكم﴾[10]. ويبدو أن الخلفاء الراشدين قد مارسوا سلطتهم هذه في بعض المواقف فقرروا أحكاماً لم ترد في القرآن، مثل تعيين عقوبة شرب الخمر التي رآها أبو بكر أربعين جلدة، وقدرها عمر وعلي بثمانين. وإنما حددها الأخير بهذا قياساً على عقوبة القذف المنصوص عليها في القرآن. وفضلاً عن ذلك فقد حتمت الظروف مواجهة موضوعات كاملة لم يتعرض لها القرآن قط. ومن هذا النوع قوانين عمر المالية[11] التي سلفت الإشارة إليها آنفاً. ومن المؤكد أن هؤلاء الخلفاء قد قاموا بتحديد بعض الجرائم والعقوبات عليها رعاية لمتطلبات الأمن العام للمجتمع. ولكن طبيعة نشاطهم التشريعي وحدوده لا تخلو من غموض وإبهام.

وهكذا شهد العهد المدني نمواً فقهياً كبيراً، يقوم في أساسه على مبادىء القرآن التشريعية، بفضل جهود النبي [ﷺ] وخلفائه الراشدين، في حدود ما تطلبته الوقائع التي واجهها المسلمون في المدينة. وقد نجح المسلمون في التوفيق بين الأوضاع التقليدية لحياتهم السابقة ومتطلبات عقيدتهم الجديدة على النحو الذي تمثله «المسألة الحمارية» التي سبق ذكرها.

---

(10) النساء: 59، وتوحي عبارة المؤلف بأن الخلفاء الراشدين قاموا بدور تشريعي استمد حجيته من الأمر القرآني بطاعة «أولي الأمر». وينبغي أن يكون واضحاً أن أولي الأمر أعم من الخلفاء الراشدين، وأحسب أن أحداً من المفسرين لم يقصر هذه العبارة عليهم. فالخلفاء الراشدون ـ شأنهم إذن شأن غيرهم من أصحاب الولايات ـ إنما وجبت طاعتهم بشرط امتثالهم لأوامر الله ورسوله. وهذا هو الذي يدل عليه مبنى هذه الآية ونصها. ويوضح ابن قيم الجوزية هذا بقوله بعد ذكر الآية كاملة: «فأمر تعالى بطاعته وطاعة رسوله، وأعاد الفعل إعلاماً بأن طاعة الرسول تجب استقلالاً من غير عرض ما أمر به على الكتاب. . . . ولم يأمر بطاعة أولي الأمر استقلالاً، بل حذف الفعل، وجعل طاعتهم في ضمن طاعة الرسول إيذاناً بأنهم إنما يطاعون تبعاً لطاعة الرسول، فمن أَمَرَ منهم بطاعة الرسول وجبت طاعته، ومن أمر بخلاف ما جاء به الرسول فلا سمع له ولا طاعة» إعلام الموقعين 48/1. وتصرح الآية نفسها بوجوب رد الأمر إلى الله ورسوله عند التنازع فدل ذلك على أن طاعة أولي الأمر ـ لا فرق بين الخلفاء الراشدين وغيرهم في هذا ـ مشروطة بامتثالهم لأوامر الله ورسوله. والآية بعد ذلك كله لا توجب مزية للخلفاء الراشدين في هذا الأمر.

(11) وضع القرآن أصول النظام المالي للمجتمع الإسلامي. فقد بين وجوب الزكاة، وحدد مصارفها، وأرشد إلى قسم الغنائم، وشرع الجزية والخراج فيما اصطلح عليه الفقهاء بالفيء متابعة للتعبير القرآني. وحدد أصناف المستحقين لكل هذه الموارد. . انظر مثلاً: الخراج لأبي يوسف والأموال لأبي عبيد. ومن المؤلفات الحديثة التي يرتكز تناولها للنظام المالي الإسلامي على النصوص القرآنية كتاب الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، بعنوان: «السياسة الشرعية أو نظام الدولة الإسلامية في الشؤون الدستورية والخارجية والمالية» نشر دار الأنصار بالقاهرة 1397 هـ ـ 1977 م.

وبانتهاء حكم الراشدين تدافعت الأحداث لتفسح الطريق إلى تلك التغييرات العميقة التي أصابت الروح الإسلامية؛ إذ أدت حركة الفتح إلى تزايد الإحساس بقوة السلطة، فأخذت قوة الدين الذاتية وأثر الرسالة الإسلامية المتميز في الضعف والوهن، وعادت قيم الحياة القبلية تؤكد نفسها من جديد. وما أن انتهى معاوية من توطيد مركزه خليفة للمسلمين في سنة 661 م، وأرسيت دعائم الحكم الأموي حتى تحمل أبناء الأرستقراطية العربية القديمة بشغف واجب حماية الدولة المترامية الأطراف. ومارس بناة الامبراطورية هؤلاء من عاصمتهم الجديدة في دمشق سلطتهم السياسية باسم الإسلام، ولكن على نحو مخالف تماماً لأسلوب خلفاء المدينة الذين نذروا أنفسهم خداماً للدين بينما حاول الآخرون التحكم فيه[12]. وهكذا أصبحت دمشق مقراً لجهاز إداري منظم يدير شؤون المناطق المفتوحة وسكانها من العرب الفاتحين وأصحابها الأصليين. وأفضى ذلك إلى تطور تشريعي ذي أبعاد واسعة بحيث يبدو نشاط المدينة الفقهي بالقياس إليه محدوداً تماماً.

والمبدأ الأساسي لسياسة الأمويين الذي فرضته الظروف كان هو الاحتفاظ بالبنية الإدارية القائمة في البلاد المفتوحة. وكان هذا هو المدخل الطبيعي الذي تطرقت إليهم منه كثير من المفاهيم والنظم التي تمتد بجذورها إلى حضارات أخرى. فجاء الوضع القانوني لأهل الذمة عند الأمويين على غرار وضع الأجانب في الامبراطورية الرومانية الشرقية إلى حد كبير. وبناء على عقد الذمة ـ تلك الكلمة التي تقابل مصطلح **Fides** في القانون الروماني ـ كان على اليهود والنصارى الخاضعين للحكم الأموي أن يدفعوا الجزية مقابل ضمان حمايتهم واحتفاظهم بحق التقاضي حسب قوانينهم الملية المطبقة

---

(12) هل أخضع الأمويون قواعد الدين حقيقة لأهوائهم السياسية؟ إن المؤلف يتابع هنا التصور السائد بين أغلب الباحثين المسلمين، هذا التصور الذي ينسب الدور الأموي إلى التناقض مع أوامر الدين ومبادئه في السياسة والاجتماع.

ولعل من المتفق عليه أن الأمويين اختلفوا كثيراً مع سياسة التقوى التي كان عليها الراشدون. ومع ذلك فإن بعدهم عن هذه السياسة لم يصل بهم إلى التناقض مع أوامر الدين أو تسخيرها لأهوائهم ومصالحهم السياسية. لقد كان أكثر خلفائهم فقهاء علماء، فمعاوية كان من كتاب الوحي، وكثيراً ما رويت لنا عن مروان مذاكرته لكبار فقهاء الصحابة، وعبد الملك المؤسس الثاني للدولة أكمل كثيراً مما كان بدأه عمر بن الخطاب مثل تنظيم الدواوين، وسك النقود وغير ذلك. أما عمر بن عبد العزيز فسيرته في العدل والتقوى خير شاهد على أن العهد الأموي لم ينسلخ عن عهد الراشدين تماماً، إذ لم تواجه إصلاحاته التي أراد بها الرجوع إلى عهد الراشدين بعقبات كثيرة.

بواسطة محاكمهم الخاصة. وبالرغم من أن أسس معاملة أهل الذمة راجعة إلى ما قبل العهد الأموي فإن التشريعات التفصيلية المتعلقة بذلك هي من عمل الأمويين. وقد اضطلعوا كذلك بتطوير التشريعات المالية التي سنها عمر، وأحكموا نظامها.

ومما أخذه الأمويون من الإدارة الرومانية وظيفة «مفتش السوق agoronomos» ، وهو الموظف الذي اتخذ اسم «عامل السوق» في الاصطلاح العربي، وقد تحددت ولايته أول الأمر بشؤون الموازين والمعايير المستخدمة في السوق وفض ما يحدث فيه من نزاع[13]. ثم تطورت هذه الوظيفة فيما بعد إلى وظيفة إسلامية خالصة، هي وظيفة «الحسبة» التي وكل إلى صاحبها أمر الحفاظ على الآداب العامة المرعية والأخلاق الدينية، وأطلق عليه لذلك اسم «المحتسب». لكنه ظل يحتفظ بولايته على التعامل في الأسواق أثراً باقياً من أصله التاريخي الذي تطورت عنه وظيفته.

وكان طبيعياً أن يؤدي اعتماد الأمويين للجهاز الإداري القائم إلى مزيد من التأثر بالعناصر الأجنبية امتد إلى الجوانب الموضوعية للتشريع[14]. وليس من الممكن تحديد أبعاد هذا التأثر على وجه الدقة، نظراً لانعدام المصادر المدونة في هذه الفترة نفسها. ولكن لا بد أن هذا التأثر كان كبيراً[15]. فهو لم يقتصر على الأخذ ببعض المصطلحات

---

(13) هل ترجع هذه الوظيفة حقاً إلى العهد الأموي؟ وهل نقلها الأمويون عن البيزنطيين؟ وهل تختص ولاية عامل السوق بالمعايير المستخدمة في السوق والمنازعات التي تجري بين المتعاملين فيه؟ إن المؤلف يقرر إجاباته على هذه الأسئلة على نحو قاطع، يفتقر إلى الدليل، ودون أن يذكر مصدره.
وقد ظهر أخيراً كتاب أحكام السوق ليحيى بن عمر (ت 289 هـ ـ 981 م) الذي أمدني به مشكوراً الدكتور حسن الشافعي. وتقطع مادة هذا الكتاب الذي نشرته الشركة التونسية للتوزيع والذي أعده فرحات الدشراوي ـ بأن هذه الوظيفة قد بدأت في الظهور أيام عمر بن الخطاب، إذ كان يتولى بنفسه النظر في أحوال السوق وما عليه التعامل فيه. وفي الشمال الأفريقي كان الوالي هو الذي يضطلع بهذه المهمة حتى أوائل القرن الثالث الهجري. وعندما تولى سحنون قضاء القيروان أقام نواباً عنه في البادية لتولي منصب الإشراف على الأسواق ومعاملات الناس فيها.
والواقع أن هذه الوظيفة بتطورها وطبيعة اختصاصاتها لا تفترق منذ نشأتها عن وظيفة الحسبة كثيراً. وهي لذلك ذات طابع إسلامي بحت.

(14) الحق أن تعيين القضاة يرجع إلى عهد أقدم من عهد الدولة الأموية. فالثابت أن الرسول ﷺ أرسل كثيراً من القضاة إلى الأقاليم النائية بعد فتح مكة، وانتشار الإسلام إلى مناطق بعيدة عن المدينة. وكذلك أرسل عمر بعض القضاة إلى البلاد المفتوحة، من أشهرهم عبد الله بن مسعود وشريح. وتوهم عبارة المؤلف أن تعيين القضاة إنما يرجع إلى الأمويين.

(15) ألفت النظر إلى هذا التناقض الذي وقع فيه المؤلف بين ما يذكره عن انعدام مصادر هذه الفترة =

القانونية (مثلاً: مصطلح التدليس انتقل إلى العربية بحروفه ومعناه، فجذره العربي (د ل س) مأخوذ من الكلمة اليونانية البيزنطية dolos، والمعنى واحد وهو كتم البائع عيوب السلعة عن المشتري) بل وصل إلى مثل هذا الفرع الهام من فروع قانون الملكية وهو الوقف، أي رصد الأموال على سبيل التبرع والتقرب لغرض ديني، فإن نظامه مستمد إلى حد كبير من نظيره البيزنطي piae causae. وعلى ذلك فقد تسللت تدريجياً طوال العهد الأموي بعض قواعد القانون الأجنبي (الفارسي والروماني على السواء) إلى الواقع التشريعي، ومن استطاع الفقه الإسلامي في منتصف القرن الثامن الميلادي استيعاب هذه القواعد حين غابت المعرفة الواعية بأصولها.

وبين حشد الموظفين الذين عينتهم الإدارة الأموية وجد القاضي الذي كانت وظيفته ذات طابع خاص. وكغيره من هؤلاء الموظفين فإنه ناب عن الوالي في مهمة محددة هي الفصل بين الناس فيما يثور من منازعاتهم، خاصة وأن كفاءة الأداء في مجال العدالة لم تعد تتناسب والنظام السابق للمحكَّمين الوقتيين. غير أن هذه الوظيفة كانت أول الأمر مجرد نوع من العمل لا يحتل مرتبة رئيسية في الجهاز الإداري[هـ]، بل يتخذ مكانة ثانوية إلى حد كبير وفي هذه المرحلة الباكرة نجد أن كلاً من رئيس الشرطة وصاحب بيت المال أحياناً ما كان يعمل عمل القاضي. وقد كان القاضي المصري عياض والياً على مخازن الحبوب التابعة للدولة سنة 717 م[16]. ويبدو أن عمل القضاة ظل غير منحصر في الجوانب القضائية حتى اقتراب نهاية العصر الأموي. ورغم تبديد جهودهم في أعمال متباينة وعدم بروز شخصيتهم القضائية ومكانتهم المتميزة آنذاك فقد بدأت في الظهور أول آثار إحساسهم بكيانهم المهني. فخير بن نعيم[17] عين كاتباً

= واستنتاجه القاطع بكبر حجم التأثر. إن هذا الاستنتاج لا يقوم على أي أساس منطقي، ولا يتبع أسلوباً علمياً. وقد كان على المؤلف وهو يزعم هذا الزعم الخطير أن يحدد لنا أدلته التي قادته إلى استنتاجه هذا.

(16) عياض بن عبيد الله الأزدي، ولاه سليمان بن عبد الملك قضاء مصر سنة 99 هـ. وكان عاملاً على الهرى فلما أتته ولاية القضاء قال له أسامة: لا أعزلك عن الهرى للقضاء، أنت عليهما جميعاً. الكندي.. ولاة مصر وقضاتها ص 322. والهرى على ما جاء في القاموس المحيط: بيت كبير يجمع فيه طعام السلطان. ويعارض ذلك استدلال المؤلف على نيابة القاضي عن الوالي، فأمر تعيينه كان إلى الخليفة. ويعني ذلك أن القاضي لم يحتل مرتبة ثانوية في الجهاز الإداري، إذ كان تعيينه وعزله مثل الوالي العام من عمل الخليفة.

(17) خير بن نعيم الحضرمي ولي قضاء مصر في شهر ربيع الآخر سنة عشرين ومائة. الكندي ص 348 وما بعدها. وكانت ولاية خير الثانية سنة ثلاث وثلاثين ومائة. الكندي ص 355 وما بعدها. أخذ =

بعد فترة شغل فيها منصب قاضي مصر. وحين أعيد إلى القضاء ثانية رفض أن يفصل في قضية رفعها الوالي عبد الملك بن مروان[18] إليه، فاستشاط هذا الوالي غضباً، وقال له: كأنك وَجَدْتَ علينا أن عيناك كاتباً بعد أن كنت قاضياً. وقد رفض هذا القاضي البقاء في منصبه عندما تدخل الوالي لإطلاق سراح جندي كان قد أمر بسجنه لاستكمال التحقيق معه في قضية قذف[19]. وقد شغل خير نفسه وظيفة القاصّ (أو الواعظ الذي يوجه الناس ويعلمهم أمور دينهم) التي كثيراً ما أسندت إلى القضاة، والتي رأى فيها هذا القاضي الجليل أنها عمل لا يتعارض مع منصبه القضائي.

ومن حيث كان القضاة موظفين يتبعون السلطة السياسية فقد التزموا بطبيعة الحال بما تصدره إليهم هذه السلطة من أوامر وتوجيهات تتعلق أساساً بالجانب الإداري من عملهم. مـن ذلك ما أصدره معاوية أثناء نهوضه بشؤون مصر عام 657 م من وجوب استيفاء الديات[20] والأرض من «صاحب ديوان الرواتب» خصماً من أعطيات عاقلة الجاني، ليؤخذ منهم في مدى ثلاث سنوات. وهناك أيضاً أمثلة عديدة رويت لنا عن رجوع بعض القضاة إلى الجهات السياسية العليا في مسائل قانونية معينة. ويبدو مع ذلك أن خلفاء الأمويين وولاتهم كانوا بوجه عام قانعين بترك مثل هذه المسائل لقضاتهم. وتتمثل النتيجة الطبيعية لذلك في غلبة طابع الاتساق والوحدة في مجال القانون العام (القانون المالي وأحكام معاملة غير المسلمين) الذي كان موضوعاً للتنظيم من جانب الحكومة المركزية، بينما غلب طابع التنوع والاختلاف في مجال القانون الخاص، مما باعد بين هذين الفرعين من تلك الزاوية.

وهناك سببان أساسيان لهذا الاختلاف. **أولهما** أن الطبيعة الرئيسية لعمل القضاة

= الفقه عن عطاء وربيعة وغيرهما، قال عنه يزيد بن أبي حبيب «ما أدركت من قضاةمصر أحداً أفقه من خير بن نعيم».

(18) عبد الملك بن مروان النصيري، وهذا الرفض يؤكد ما سلف قوله في هامش سابق ص 52 من أن القضاة لم يحتلوا مرتبة ثانوية في الجهاز الإداري.

(19) يذكر الكندي في ذلك أن جندياً قذف رجلاً فخاصمه إلى خير، وجاء على ذلك بشاهد واحد، فأمر خير القاضي بحبس الجندي إلى أن يأتي صاحب الدعوى بشاهد آخر، فأرسل الوالي من أخرج الجندي من الحبس، فاعتزل خير وجلس في بيته وترك الحكم، فأرسل إليه الوالي يطلب منه العودة إلى عمله فقال: لا حتى ترد الجندي مكانه. الكندي ص 356.

(20) هذا حكم إداري لا قضائي، ولا يدل على تدخل الولاة في عمل القضاة.

كانت هي تطبيق الأعراف[21] المحلية، وتختلف هذه الأعراف من إقليم إسلامي إلى آخر. فمثلاً بقي أهل المدينة على الولاء للمفاهيم التقليدية للقانون العرفي القبلي الذي يجعل خطوات إجراء عقد الزواج حكراً على الرجال من أعضاء الأسرة، حيث لم يكن للمرأة الحق في إجراء عقد زواجها بنفسها، بل كان أمر زواجها إلى وليها وحده. أما الكوفة ـ وهي في العراق أنشئت أول الأمر لتكون قاعدة عسكرية ـ فقد امتزجت في محيطها الذي يغلب عليه الطابع الفارسي كثير من الأجناس المختلفة، مما أدى إلى شيوع نظرة إنسانية متفتحة، تبدو إزاءها قيم المجتمع القبلي الضيقة غريبة خانقة. لقد احتلت المرأة عندهم مكاناً أقل تدنياً، وأجيز لها في الزواج أن تباشر العقد بنفسها دون تدخل من وليها[6].

والسبب الثاني وراء اختلاف الواقع التشريعي أيام الأمويين يتمثل في مجرد إطلاق سلطة كل واحد من القضاة في الحكم بما يراه. فلم تبذل الحكومة المركزية جهداً حقيقياً لتوحيد الأحكام القضائية. ولم يكن هناك نظام لترتيب مستويات التقاضي تتوّجه محاكم عليا، لأحكامها قوة السوابق القضائية الملزمة، مما يمكن أن يؤدي إلى وحدة هذه الأحكام.

ولا يمكن القول بأن التشريعات القرآنية تقدم أساساً قوياً لتحقيق هذه الوحدة؛ فبالإضافة إلى محدودية هذه التشريعات فإن تطبيقها يعتمد ـ فيما لو طبقت ـ على درجة علم القاضي وتقواه. ولكن حتى أتقياء القضاة متفاوتون في تأويل النصوص القرآنية، باعتباره أمراً يرجع إلى الاجتهاد الشخصي، والنتيجة أن تطبيق نصوص القرآن ـ باستثناء القواعد الواضحة والأساسية ـ غالباً ما يضيف إلى دواعي الخلاف بدل أن يحد منها[22]. وسنضرب مثالين من بابي الزواج والطلاق لتوضيح ذلك.

---

(21) يناقض هذا الزعم ما هو مقرر من اعتماد القاضي على النصوص الشرعية. ويصعب على الذهن أن يتصور خضوع القضاة للأعراف المحلية، وإلغاءهم لمبادىء الشرع. لقد كان شريح مثلاً من كبار الشخصيات التي ساعدت في تنمية النظر الفقهي في الكوفة، وكان على درجة عالية من المعرفة بقواعد الشرع ومبادئه. فهل غفل شريح عن كل ذلك، ورضي لنفسه الاحتكام إلى الأعراف السائدة في مجتمع الكوفة. إن الصورة التي يقدمها المؤلف هنا غامضة كل الغموض، وإن لم يعن ذلك نفي كل تأثير للأعراف على قضاء القضاة وأحكامهم.

(22) القرآن حقيقة حمال أوجه، ويعتمد تفسير معاني نصوصه على بعض الصفات الذاتية للمفسر، مثل علمه وتقواه. ولكن هناك بعض العناصر الموضوعية التي تفرق بين التفسير المقبول والتفسير بالرأي أو الهوى المذموم. وتتمثل هذه العناصر في الإحاطة بسياق النص وسبب نزوله، والاعتماد =

يرجع المثال الأول إلى ما قد يكون عليه النص القرآني من اختلاف في الرواية. فمن بين القراءات المتباينة التي وجدت في الفترة الباكرة هذه القراءة التي تتناول حقوق المبتوتة أثناء عدتها، وهي كما أثبتت في مصحف عثمان (سورة 65؛ آية 6) يخاطب الأزواج بهذا الحكم: «أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم» بينما تأمرهم في قراءة ابن مسعود ـ وهو واحد من أبرز الصحابة الذين سكنوا الكوفة ـ بأن: «أسكنوهن من حيث سكنتم... وانفقوا عليهن». وهكذا[=] تمتعت المبتوتة عند الكوفيين أتباع ابن مسعود بالحق في السكنى والنفقة، ولكن لم يوافق غيرهم على هذا الرأي، وأوجبوا للمبتوتة الحق في السكنى[23] فقط.

أما مثالنا الثاني فإنه يوضح اختلاف الرأي بين القضاة ـ وفي الإقليم الواحد ـ حول تحديد المضامين القانونية للأوامر الأخلاقية الواردة في القرآن.

فقد دعت آيتا 236 و 241 من سورة البقرة الأزواج إلى تمتيع مطلقاتهم بالمعروف[24]. وفي ذلك رأى ابن حجيرة[25] (قاضي مصر من سنة 638 م إلى سنة 702م) أن هذه المتعة ـ كما سميت فيما بعد ـ واجبة على الأزواج، وحدد قيمتها بثلاثة دنانير، ونظم دفعها بأن أمر «صاحب الرواتب» أن يقتطعها من مرتب الزوج. ومن جهة أخرى ارتأى توبة بن نمير الذي ولي قضاء مصر في فترة لاحقة أن حَضَّ القرآن على التمتيع إنما يخاطب ضمير الزوج وخلقه[26]. وهكذا سكت توبة ولم يعقب حين رفض زوج

= على ما ذكره القرآن في موضوع النص الذي يتناوله المفسر، فإن القرآن يفسر بعضه بعضاً. ومن هذه العناصر الاسترشاد بالسنة في فهم القرآن، وكذلك معرفة المعنى المعجمي للكلمات والأسلوب العربي في رصف الجمل وتركيبها. وبالاختصار فإن منهج التفسير مشتمل لقواعد موضوعية ضمنت للمفسرين الذين اجتمعت فيهم شروط العلم والتقوى الوصول إلى تحديد لمعاني النصوص القرآنية، بحيث لقي من اتفاق المفسرين أكثر مما لقي من الاختلاف. وهكذا لم يكن النص القرآني مثيراً للخلاف، على ما أراد المؤلف أن يقرره دون دليل، بل كان سبباً لالتقاء الفقهاء وتوحيد آرائهم.

(23) لمعرفة الآراء الفقهية المختلفة في الموضوع على نحو مختصر انظر: بداية المجتهد لابن رشد 80/2.

(24) الآية الأولى (236): ﴿ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾.
والآية الثانية (241): ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾.

(25) عبد الرحمن بن حجيرة قاضي مصر من سنة 69 هـ إلى 83 هـ. انظر: الكندي ص 314 وما بعدها.

(26) توبة بن نمير الحضرمي... ولي قضاء مصر مستهل صفر سنة 115 هـ. انظر: الكندي ص 342 وما =

سؤال توبة إياه أن يمتع مطلقته؛ فإنه لا يراها واجبة على الزوج من الناحية القانونية. غير أن هذا الزوج نفسه حين جاء شاهداً أمام توبة في قضية لاحقة لم يقبل هذا القاضي شهادته، على أساس أنه برفضه دفع المتعة أبى أن يكون من المحسنين المتقين[27]. وقد عادت المتعة على يد خير بن نعيم الذي خلف توبة إلى الوجوب القانوني الصريح مرة أخرى.

ويقدم الكندي صورة معبرة عن جهود القضاة الأمويين المتأخرين عند ترجمته لولاية توبة بن نمير منصب القضاة في مصر (733 - 737 م). إنها صورة موظف كثير الأعباء (حتى لقد آلى على زوجته ألا تذاكره في شأن يتصل بالقضاء في ساعات فراغه[28]) يواجه عدداً كبيراً من القضايا المختلفة مجالاتها، ثم لا يسعفه في بحثها للوصول إلى حكم فيها سوى اجتهاد يسترشد بالإحساس العام والمواضعات المألوفة فحسب. إن قاعدة الإثبات القانوني العامة وجود شاهدين، ومع ذلك كان توبة يقبل الحكم في الأمور اليسيرة بشاهد واحد مع يمين المدعى على صدق دعواه[29]، كما رفض شهادة هؤلاء الذين تأكد له عدم حيادهم لوجود عداوة قبلية بينهم وبين بعض أطراف الدعوى[30]. ورفض كذلك شهادة هؤلاء الذين رأى في سلوكهم اعوجاجاً من الناحية الخلقية، مثل هذا الزوج الذي ذكرنا آنفاً أنه رفض دفع متعة مطلقته.

= بعدها. ورواية الكندي: أن رجلاً وامرأته اختصما عنده فطلقها. فقال له توبة: متعها. فقال: لا أفعل، فسكت عنه، لأنه لم يره لازماً له. فأتاه الرجل الذي طلق امرأته في شهادة، فقال له توبة: لست قابلاً شهادتك. قال: ولم؟ قال: إنك أبيت أن تكون من المحسنين وأبيت أن تكون من المتقين ولم يقبل له شهادة» ص 344 ولاة مصر وقضاتها للكندي.

(27) أشارة إلى فاصلتي آيتي سورة البقرة المذكورتين فيما سبق.

(28) انظر الكندي ص 343. والذي يرويه أن توبة لما ولي القضاء دعا امرأته عفيرة، فقال: يا أم محمد، أي صاحب كنت لك؟ قالت خير صاحب وأكرمه. قال فاسمعي: لا تعرضن لي في شيء من القضاء، ولا تذكرني بخصم، ولا تسألني عن حكومة، فإن فعلت شيئاً من هذا فأنت طالق. فإما أن تقيمي مكرّمة، وإما أن تذهبي ذميمة».. وفي رواية أنها كانت «لترى دواته قد احتاجت إلى الماء فلا تأمر بها أن تمد خوفاً من أن يدخل عليه في يمينه شيء».

(29) أثيرت مسألة القضاء بشاهد ويمين فقهياً قبل توبة، انظر: بداية المجتهد 428/2. وفي الكندي: «كان توبة يقضي بيمين صاحب الحق مع شاهده في الشيء اليسير» ص 344.

(30) رد الشهادة لموضع التهمة مسألة أثيرت فقهياً قبل توبة، انظر مثلاً: فتح القدير لابن الهمام ؟!/7؟ وابن رشد 425/2 والكندي ص 346. وربما يستنتج المؤلف هذا لتوبة مما يرويه المفضل بن فضالة، يقول: «كان توبة لا يقبل شهادة الأشراف ولا شهادة مضري على يماني ولا يماني على مضري» وقد استمرت العداوة بين اليمنيين والمضريين إلى ما بعد وفاة توبة بكثير.

على أن غياب أي نوع من الجمود في التشريع أتاح لتوبة أن يتعامل مع كل قضية حسب ظروفها الخاصة؛ فحين طلب المدَّعون السماح لهم ببيع مكاتب (وهو عبد لهم كان قد تعاقد على شراء حريته نظير مبلغ يؤديه منجماً) على أساس أن هذا العبد قد تأخر في سداد دين مكاتبته في مواعيده ـ أراد توبة أن يمنحه مهلة سنة ليسدد ما تأخر عن سداده، ولم يأذن للمدِّعين ببيعه إلا عندما أعرب المكاتب نفسه عن شكه في قدرته على الدفع مستقبلاً، وبين أن نفسه راضية بأن يباع حالاً[31]. ويمثل هذا الرأي الحر استبعاد توبة قضية رفعها إليه بعض النخاسين لفسخ مبايعة عبيد، بحجة أن البائعين كتموا العيوب الموجودة فيهم. وقوله للمدعين: «إن بعتم سكتم على العيب، وإن كان في أيديكم أردتم رده على صاحبه، فأنتم كغيركم»[32]. ويفصح هذان الحكمان الأخيران عن المبادىء التي لم تعايش ما صار إليه القانون من منهجية واتساق فيما بعد، وإن كانت تتشابه إلى حد كبير مع بعض مفاهيم العدالة التي استحدثها القانون الانجليزي في أواخر العصور الوسطى. وهنا يمكن القول من وجهة النظر المقارنة بتفوق العدالة الإسلامية[33] على القانون الإسلامي.

---

(31) هذه مسألة اتفاق المكاتب وسيده على التعجيز، وقد أثيرت فقهياً كذلك قبل توبة. انظر مثلاً: بداية المجتهد 346/2 , 347. وعبارة الكندي في هذا: «قضى توبة في مكاتب هلك سيده، وقد أقام على ذلك حيناً لم يؤد شيئاً، ثم إن ورثة الرجل أرادوا بيعه، فلما رفع أمره إلى توبة قال: نؤخرك سنة على أن تؤدي مكاتبتك، فقال: أرأيت إن أديت هذه السنة ثم عجزت؟ قال: إذن أبيعك. قال: فبعني كيف شئت الساعة، فرده إلى الرق وأمر ببيعه» ص 344.

(32) الكندي ص 344. وفي كل هذه المسائل يعتقد المؤلف أن النظر الفقهي لم يقدم للقاضي الأحكام التي يقضي بها، فلم يكن أمامه إلا أن يعتمد على نفسه، مما زاد من إرهاقة. ومن الصعب تصور سلبية الفقهاء على هذا النحو في القرن الثاني الهجري الذي قطعت فيه أبحاثهم شوطاً بعيداً في التقدم. وبالرجوع إلى كتب الفقه وجدنا أن كل هذه المسائل قد أثارها الفقهاء وتناقشوا فيها طويلاً، فمهدوا بذلك إلى أخذ القضاة بما رآه فيها الفقهاء. والحق أن المؤلف لا يدقق في استدلالاته، ولا يعني بالاستدلال عليها، بل يسوقها وكأنها مسلمات. ومن الصعب تبرير ذلك له إلا بتعجله النتائج.

(33) لا نزاع في أن معيار العدل واحد من أهم المعايير التي اعتمد عليها الفقهاء في الوصول إلى الحكم الشرعي، سواء قبل صياغة الشافعي نظريته الأصولية أو بعدها. ويستمد هذا المعيار تأييده من نصوص الشرع الداعية إلى العمل وفق مقتضيات العدل في الحكم بين الناس. ونصوص القرآن في هذا كثيرة، منها: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعماً يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً﴾. (النساء: 58). وفي السورة نفسها (آية : 135) يقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على =

غير أن جهود توبة لم تقتصر على فض المخاصمات وإنهائها. فإنه أنشأ سنة 736 م ديواناً للأوقاف، وهي الأموال المرصودة على سبيل التبرع لغرض ديني. وقبل ذلك كانت إدارة هذه الأموال حكراً على المنتفعين بها، أو المتولين عليها، دون إشراف عام. وقال في هذا: «ما أرى مرجع هذه الصدقات إلا إلى الفقراء والمساكين فأرى أن أضع يدي عليها حفظاً لها من الضياع والتوارث»[34]. وينطوي تقدمه لتحمل هذه المسؤولية ـ بلا شك ـ على الإشارة إلى ارتفاع أهمية منصب القاضي، هذا المنصب الذي أخذ صاحبه في الترقي من دوره الصغير والثانوي، باعتباره تابعاً للحاكم الإقليم ونائباً عنه في تصريف الشؤون القضائية، ليكتسب بالتدريج مكانته العالية في السلم الوظيفي للدولة.

وقد ابتعد القضاة في آخر العهد الأموي كثيراً عما كان عليه وضعهم الأول الذي تمثل في كونهم محكَّمين رسميين. فإنهم ـ وقد صاروا فرعاً أساسياً من فروع الجهاز الإداري ـ لم يعودوا مقيدين بأحكام القانون العرفي، بل أصبحت أحكامهم وقراراتهم هي التي تهيمن على هذا القانون، وتعمل على إخضاعه لظروف مجتمعهم المتغيرة. والمثال الكاشف لهذا الجانب من عملهم ـ ولو أنه لم يقع إلا بعد انتهاء العهد الأموي بقليل ـ يمكن استمداده من الحكم الذي أصدره أبو خزيمة[35] (قاضي مصر من سنة

= أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما فلا تتبعوا الهوى أن تعدلوا، وإن تلووا أو تعرضوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً﴾. ومن المؤكد أن صياغة المنهج الأصولي لم تطمس العمل بمعيار العدالة بقدر ما حددت طريق إعماله، وضمنت تحقيقه. إن المؤلف يريد إقامة نوع من التقابل بين تطور التشريع الإسلامي قبل صياغة الشافعي نظريته الأصولية وبعدها. والواقع أن هذه النظرية لم تكن جديدة من كل وجوهها بقدر ما كانت تعبيراً عن أساليب النظر الفقهي المتبعة في القرنين الأول والثاني الهجريين. فقد عرف الفقهاء القياس وعبروا عن عملهم به، وكذا التزموا بالسنة وطبقوا أحكامها. وهكذا كانت العدالة جزءاً من القانون الإسلامي، وغاية له، وأصلاً يعتمد عليه بدعوة النصوص الشرعية إلى التزامها في الحكم بين الناس، لا أنها كانت أمراً خارجاً عنه.

(34) انظر الكندي ص 347.

(35) أبو خزيمة إبراهيم بن يزيد الرعيني، ولي قضاء مصر سنة 144 هـ. ويروي الكندي أن عبد الأعلى بن سعيد الجيشاني تزوج امرأة من بني عبد كلال فقام بعض أوليائها في ذلك وأنكروه، وترافعوا إلى أبي خزيمة، فقال: ما أحل ما حرم الله ولا أحرم ما أحله الله، إذا زوجها ولي فالنكاح ماض. فارتفعوا إلى يزيد بن حاتم، وهو الأمير يومئذ، فقال يزيد: ليس عبد الأعلى من أكفائها، وأمر أبا خزيمة بفسخ نكاحها، فامتنع أبو خزيمة من ذلك وفرق بينهما يزيد بن حاتم. ص 367.

761 إلى 769 م) في دعوى أقامها بعض أبناء قبيلة بني عبد كلال، وهم أولياء فتاة أنكحها عمها دون موافقتهم. وكان طلبهم فسخ الزواج، على أساس أن الزوج ينتسب إلى قبيلة أدنى من قبيلتهم، ولهذا ليس كفئاً للزوجة. ومع أن انعدام الكفاءة بين الزوجين كان أساساً معترفاً به لإبطال الزواج وفسخه فإن أبا خزيمة رفض الامتثال لمطلب أصحاب الدعوى، وكان قوله لهم: «إذا زوجها ولي فالنكاح ماض»[36]. وهكذا وسِّد الحق في الولاية على الزواج ـ الذي كانت تمارسه القبيلة بأسرها في القانون العرفي القديم ـ إلى أقرب عاصب ذكر، وهو في هذه القضية عم الزوجة الذي تنازل عن حقه في الكفاءة حين وافق على الزواج. ويعني هذا الحكم فيما يعنيه أن الأسرة قد حلت محل القبيلة، وأصبحت (الأسرة) الوحدة الأساسية للمجتمع.

وهكذا خضعت المادة الأساسية للقانون العرفي المحلي أثناء العهد الأموي إلى التغير، لتتناسب مع التشريع القرآني، ممزوجة (هذه المادة) بسنن الأمويين الإدارية، ومتشربة بعض عناصر النظم القانونية الأجنبية. وهكذا تم التطور في هذه الفترة على نحو اتفاقي؛ فإن مزج هذه المواد المتباعدة الأصول والمتنافرة تم بدون خطة، وعلى نحو عرضي، لا يخضع إلا لما يصل إليه كل قاض من القضاة باجتهاده. وفي ثنايا هذا الحشد المتنافر لنسيج العمل القانوني ـ الذي أسهم فيه عدد من الجهات الإدارية مثل الشرطة وعمال السوق بالإضافة إلى القضاة ـ أو شك العنصر الديني أو القرآني بخاصة أن يبعد عن بؤرة الاهتمام.

ولا شك في أن السلطات قد عبرت عن حرصها على تطبيق الأحكام القرآنية؛ فقد روي لنا مثلاً أن يونس بن عطية[37] إنما عين قاضياً لمصر (سنة 704) بفضل الأثر الطيب الذي تركه في نفس الوالي، حين دعاه مع مجموعة من العلماء إلى مجلس للنظر في مسألة الحقوق الشرعية للمطلّقة أثناء عدتها. غير أن هذا الاهتمام الشديد الذي حظيت به التشريعات القرآنية في العهد المدني قد آل أمره في عهد الأمويين إلى الضعف والانحسار في غمار هذا الحشد من المواد القانونية التي تجاذبت اهتمامهم.

إنها لمجتمعات قليلة في التاريخ تلك التي كانت ميداناً لمثل هذه التغيرات

---

(36) السابق ص 367.

(37) إشارة إلى ما يذكره الكندي: «كتب عبد الملك بن مروان إلى عبد العزيز بن مروان يعلمه أن أهل الشام اختلفوا عليه في نفقة المبتوتة، فاكتب إلي بما عند أهل مصرفيه. فجمع الأشياخ إلى عبد العزيز؛ وكان يونس في أخرياتهم، فقال له عبد العزيز: تكلم، فتكلم فأعجب به عبد العزيز، فسألهم عنه، فقالوا: هذا من سادات حضرموت، فولاه القضاء» الكندي ص 323.

المفاجئة دون أن تكون مهيئة لاستيعابها والتعامل معها، كما هو حال المجتمع العربي الإسلامي حينذاك. غير أن ما حققه الواقع التشريعي للأمويين من التنسيق الدقيق بين مصادر التأثير المتنوعة في العمل الفقهي كان إنجازاً حقيقياً. وتحت ضغط الأحداث تدافعت المشكلات وتحددت أمام النظر المنهجي بسرعة بالغة. وكان من الضروري أن ترتكز حلول هذه المشكلات على المتطلبات الملحة للواقع العملي. لقد كان الدور الذي اضطلع به الأمويون هو إنشاء نظام عملي لإجراء القانون وتحقيق العدالة، لا إقامة علم نظري فقهي، وفي حدود هذا الدور دان لهم النجاح[38].

---

(38) لعل من المفيد إجمال ما ذكره المؤلف في هذا الفصل، الذي تناول فيه تطور التشريع في فترة النبوة والخلافة الراشدة والحكم الأموي.

ورأيه أنه من الضروري أن يكون النبي ﷺ قد تصدى لعلاج كثير من المشكلات التي واجهها المجتمع الإسلامي في هذه الفترة. وهذا هو الأساس المنطقي الذي يبني عليه إيمانه بوجود قدر صحيح من السنة النبوية. أما عن التطور الفقهي في عهد الخلفاء الراشدين فهو يعتقد أن هؤلاء الخلفاء قد عملوا بالروح التي أذكاها فيهم النبي ﷺ لإخضاع العرف وعوائد الناس لمقررات الإسلام ومبادئه.

أما الأمويون فقد انسلخوا في رأيه عن مسيرة السابقين عليهم، ولم يتابعوا خطة أسلافهم في إخضاع الأعراف والعوائد لمبادىء الإسلام وخلقه، بل تأثروا بهذه الأعراف، وأخذوا أنظمة إدارية وقانونية عن الحضارات السابقة، مثل حضارة الفرس والروم. وهكذا يعتقد بتنوع مصادر العمل التشريعي في هذه الفترة. فهناك مبادىء القرآن وأخلاقه مضافاً إليها عوائد الناس في الأقاليم الإسلامية ممزوجة بعناصر أجنبية.

وفي رأيه أن العمل التشريعي في هذه الفترة قد استفاد بكل هذه الجوانب. وليس هذا فحسب بل إنه مجرد مزيج منها كلها، بحيث تختلط هذه العناصر دون خطة ولا منهج. وعنده أن القضاة هم الذين قاموا بهذا المزج دون أن يساعدهم الفقهاء أو يقدموا لهم أية معاونة.

والواقع أن الصورة التي يرسمها المؤلف عن التطور التشريعي في فترة الأمويين ناقصة وغير كاملة. فلم يكن القضاة وحدهم في الميدان، بل كان الفقهاء إلى جوارهم يسهمون بجهودهم في الفتوى ويعقدون حلقات لدراستها، وتعرض عليهم المشكلات ليجدوا في حلها. ومن ذلك وصل الفقهاء ومنذ فترة مبكرة إلى عناصر منهج اعتمدوا عليه في تفكيرهم فيما يطرأ لهم من مشكلات. فقد عرف الصحابة والتابعون القياس وتكلموا في العلل، وحددوا مكانة السنة بالنسبة للقرآن.. وهذه هي البذور التي أنماها الشافعي ووضعها موضع تأمله الشامل الكلي. وعلى أساس من هذا المنهج قام الفقهاء بعرض ضروب التعامل والتصرفات الموجودة في مجتمعاتهم للحكم عليها إسلامياً. وكان القضاة من هؤلاء الفقهاء، فلا عجب إذن أن يكون العمل الفقهي والقضائي على قدر كبير من التوافق وتبادل التأثير في مراجعة الأعراف السائدة والحكم عليها من وجهة النظر المسلمة.

الفصل الثالث

نشأة أصول الفقه والمدارس الفقهية الباكرة

المجتمعات ـ كأصحاب المتاجر ـ لها أوقات لمراجعة ما لديها، وخاصة حينما يتثاقل إيقاع الأحداث، ليتيح الفرصة لالتقاط الأنفاس، ولمراجعة الوضع الراهن في ضوء المقاصد والغايات الأساسية. وقد أتى هذا الوقت على المجتمع الإسلامي في العقود الأولى للقرن الثاني الهجري (من سنة 720 م وما بعدها). وقد أظهر القائمون على هذه المراجعة اتجاهاً مفرطاً في النقد فغالوا في قيمة الخسائر وقللوا من قيمة المكاسب ليصلوا في النهاية إلى وجود عجز محزن في الموازنة.

ومن الناحية السياسية أسفرت هذه المراجعة عن وجود موجة عداء بالغة تجاه النظام الحكومي القائم. وأصبح الأمويون موضع السخط العام باعتبارهم حكاماً غاب عنهم جوهر المبادىء الدينية في غمرة تعطشهم للسلطة الدنيوية. وغذي هذا السُّخْطَ تململ الفرس وغيرهم ـ من الداخلين في الإسلام المعروفين بالموالي ـ من مظاهر التمييز العنصري للسيطرة العربية، ليستغله أولئك الطامحون إلى اغتصاب السلطة لأنفسهم. وقد تطلع الضمير الإسلامي القلق بحثاً عن خلاصه إلى العودة إلى سياسة التقوى والصلاح التي جرى عليها خلفاء المدينة، الذين صار ينظر إليهم ـ في مقابلة من جاء بعدهم من الخلفاء ـ على أنهم هم الراشدون.

أما من الناحية القانونية فقد أسلمت هذه المراجعة أيضاً إلى الاعتقاد بإخفاق المحاكم الأموية في أن تتمثل على نحو دقيق جوهر قواعد التشريع الإسلامي، كما هي مبينة في القرآن [الكريم]. وأخذ العلماء الأتقياء يجهرون بآرائهم في معايير السلوك التي

يمكن أن تعبر عن التطبيق الصحيح للأخلاق الدينية الإسلامية. وقد التقت حول هذا الهدف جماعات من العلماء تحلقت في مجالس علمية أفضت إلى نشوء المدارس الفقهية الأولى في العقود الأخيرة للعهد الأموي.

وقد كان طبيعياً أن يتوحد هذان التياران ـ السياسي والقانوني ـ المجتمعان على نقد الأمويين ومعاداتهم، حينما ذهبت دولتهم أخيراً. وجاء العباسيون إلى الحكم سنة 750 م، فبرز دور الفقهاء باعتبارهم القائمين على التخطيط للدولة والمجتمع الإسلاميين المنشودين وبناتها، وهو الهدف الذي نذر العباسيون أنفسهم لتحقيقه. وفي ظل هذه الرعاية السياسية تطورت بخطى سريعة المدارس الفقهية.

وهكذا لم يبدأ الفقه الإسلامي من منطلق التحليل العلمي لعمل المحاكم القائمة، على أساس القبول بحجية ما أصدرته من أحكام، بقدر ما انطلق من الرغبة في إنشاء بناء قانوني مخالف لهذا العمل. لقد كان الفقهاء الأول رجال دين أكثر منهم رجال قانون، فكاد ينحصر عملهم في استخلاص أحكام العبادات والشعائر الدينية، كما كان اهتمامهم بالعلاقات القانونية ـ في معناها الفني الدقيق ـ تطوراً لاحقاً، استمد أهم دوافعه من المثل السياسية التي روج لها العباسيون، ولذا اصطبغ تناولهم التشريعي في أساسه بالصبغة المثالية الدينية. ومن ثم تعارضت جهودهم ذات الطابع النظري البحت مع الطابع العملي للأمويين على نحو واضح[1]. وآذن هذا ببداية لتحول جديد.

وهكذا أدت الظروف التاريخية إلى التمايز بين الفكر النظري للفقهاء والعمل القانوني للمحاكم. غير أن العباسيين الأول قد استطاعوا أن يحققوا قدراً كبيراً من

---

(1) من هنا يستنتج المؤلف نتيجة من شقين:

أولهما: أن نشأة المذاهب الفقهية الأولى كانت بتأثير اجتماع العلماء على نقد الممارسات التشريعية للأمويين.

ثانيهما: تناقض فكر الفقهاء النظري مع الطابع العملي للتشريع أيام الأمويين. ويعتقد المؤلف أن الفجوة قد اتسعت بين الجانبين النظري والعملي فيما بعد. ويحتل ما يسميه المؤلف بالتناقض بين الجانبين النظري والعملي في تاريخ التشريع الإسلامي مكانة أساسية في تصوره لتاريخ هذا التشريع، حتى أنه يخصص فصلاً أساسياً في كتابه Conflicts and Tensions in the Muslim Jurisprudence لتناول هذه الظاهرة.

والواقع أن المؤلف هنا لا يكلف نفسه عناء إيراد أي دليل على ما يقرره. إنه يضع نتائجه وكأنها مسلمات لا تحتاج إلى استدلال يؤيدها. وهكذا يمكن رفضها بنفس اليسر الذي قبلها به المؤلف.

التوفيق بين هذين الجانبين؛ إذ قاموا بتعيين فقهاء يمثلون المذاهب القائمة في الهيئة القضائية، كما نصبوا بعضاً آخر منهم مستشارين قانونيين للدولة. فمثلاً شغل أبو يوسف (وهو الفقيه البارز المتوفى سنة 799 م) كلا من هذين المنصبين؛ فعينه الخليفة هارون الرشيد (786 - 809 م) قاضي قضاته، وألف بناء على طلبه رسالة في القانون المالي والعقابي(2). ثم اتسعت الفجوة فيما بعد بين النظر والعمل حتى غدت السمة الأساسية لتاريخ التشريع الإسلامي. وسنقتصر في هذا الفصل على تناول الجانب النظري وتطوره في المذاهب الفقهية الأولى(3).

لقد ازدهرت مدارس فقهية كثيرة في الأمصار الإسلامية المختلفة لذلك الوقت، برز من بينها مدرستا المدينة والكوفة، اللتان عاشتا مدة أطول، وحظيتا باهتمام أوسع. ولذا سينحصر اهتمامنا هنا بصفة خاصة في هاتين المدرستين. مع أن الفكر الفقهي في الكوفة كان على نحو عام أكثر تقدماً منه في المدينة. ولعل مرد ذلك إلى أن الكوفة كانت هي المدرسة التي نالت الرعاية الرسمية للعباسيين ـ فإن المنهج الأساسي وخطوط التطور المتفرعة عن هذا المنهج كانت موضع اتفاق بين هاتين المدرستين.

وكان منطلق العمل في هاتين المدرستين هو مراجعة المعاملات السائدة في مجتمعاتهم على المستويين القانوني والواقعي في ضوء مبادىء السلوك المتضمنة في القرآن. وبهذا المعيار أخذوا ينظرون في أنظمة المجتمع ليرفضوا منها ما قصر عنه وليقبلوا ما وافقه. يوضحه أنه كان هناك أسلوب لدفع رواتب الجند في العصر

---

(2) يقصد كتاب يوسف أبي الموسوم بالخراج. وأكثر هذا الكتاب في الموارد المختلفة للدولة (الزكاة والجزية والخراج والغنائم) وأوجه التصرف فيها. وقد أراد أبو يوسف في بحوثه هذه إصلاح مالية الدولة بحيث تتحقق العدالة وتنتفي صور الظلم التي كانت تمارس في عهده. وكذلك خصص أبو يوسف في كتابه هذا بعض الأبحاث التي تتناول صور التعامل مع غير المسلمين. فتناول في هذا أحكام المرتدين، وحقوق أهل الذمة وواجباتهم، كما تناول كذلك بعض الجرائم العامة، وما يحق للدولة أن تعامل به مرتكبي هذه الجرائم، فمثلاً تحدث عن جريمة الحرابة، وإساءة الموظف استخدام سلطاته في غل بعض أموال الدولة أو الاعتداء على هذه الأموال. والحق أن هذا الكتاب على قدر كبير من الأهمية في تطور التأليف الفقهي.

(3) يفرق الاصطلاح العربي في هذا السياق بين كلمة مدرسة ومذهب. فالأولى تختص بمدارس الأمصار التي نشأت في القرن الأول الهجري. أما المذاهب الفقهية مثل الحنفي والمالكي فإنما نشأت في القرن الثاني الهجري. والمؤلف يطلق على المدرسة والمذهب لفظاً واحداً وهو كلمة School دون أن يبين ما يقصده بوضوح أحياناً. ويعني بالمذاهب الفقهية الأولى أو الباكرة مذهبي الأحناف والمالكية.

الأموي بإصدار صكوك خاصة تتيح لحاملها تسلم قدر معين من الغلال من مخازن الحكومة بعد الحصاد. ولكن لم يوافق الفقهاء على ما آل إليه الأمر من تبايع الناس لهذه الصكوك، هذا التبايع الذي جرته الرغبة في الربح بسبب اختلاف أسعار هذه الغلال على مدار السنة صعوداً وانخفاضاً. وقد رأى الفقهاء أن هذا التعامل مما يقع تحت التحريم العام للربا في القرآن، بحكم ما انتهى إليه الفكر الفقهي من الربط بين تحريم القرآن للمقامرة وتحريمه للربا ليعطي الأخير مفهوماً أوسع بكثير من الربا البسيط أو الفائدة على المال المقترض، فأصبح الربا يفسر على نحو يشمل كل فائدة أو كسب لا يتحقق إلا بمحض الصدفة، أو يحتوي من الجهالة والغرر الفاحشين على ما لا يتيح لأي من طرفي التعاقد أن يقرر موقفه بوضوح عند العقد. ومن ثم صيغت القاعدة القانونية المانعة لهذا النوع من التعامل في الصكوك التي كانت تصرف للجنود، وهي أنه لا يجوز لمشتري الطعام أن يبيعه قبل قبضه. وعلى حين ينحصر هذا المنع في مواد الطعام وحدها عند أهل المدينة توسع فيه الكوفيون ليشمل كل البضائع المنقولة[4].

وهناك بعض العقود العرفية التي فحصها الفقهاء وأجازوها. ومن أمثلتها عقد العرية الذي هو بيع الثمر على النخل قبل بدو صلاحه بقيمته المقدرة تمراً. وبرغم أن هناك قدراً من الغرر والجهالة في مثل هذا النوع من التعاقد[5] فإنه لم يصل إلى الحد

---

(4) من الواضح أن هناك خطأ كبيراً في تصوير مسألة الصكوك التي يعرضها المؤلف باعتبارها مثالاً على مراجعة الفقهاء للتصرفات والمعاملات التي كانت سائدة في العصر الأموي. والحقيقة أن هذه المسألة قد حدثت أيام الأمويين، ولكن فقهاء الصحابة لم يتأخروا عن مواجهة الأمويين فيها، وأبانوا لهم وجه الحق حتى منعوا الناس من التصرف في هذه الصكوك. ففي الموطأ عن مالك: «أن صكوكاً خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من الطعام الجاري السائد فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها فدخل زيد بن ثابت ورجل من أصحاب النبي ﷺ على مروان بن الحكم، فقالا: أتحل بيع الربا يا مروان؟ فقال: أعوذ بالله، وما ذلك؟ فقالا: هذه الصكوك تبايعها الناس، ثم باعوها قبل أن يستوفوها، فبعث مروان بن الحكم الحرس يتبعونها، ينزعونها من أيدي الناس ويردونها إلى أهلها». تنوير الحوالك 141/2. وهكذا لم تتأخر مراجعة هذه المسألة إلى وقت تكوين المدارس الفقهية أو نشأة المذاهب في القرن الثاني، بل تمت عقب نشأة التعامل بالصكوك.

وهناك أمر آخر وهو أن تحريم بيع الطعام قبل قبضه قد وردت فيه عدة أحاديث روتها كتب السنة المعتمدة جميعها، فتحريم تبايع الصكوك قبل استيفائها كان بسبب هذه الأحاديث، ولم تكن رغبة الفقهاء في تحريم بيع الصكوك هي التي أسلمتهم إلى صياغة قاعدة تحريم بيع الطعام قبل قبضه. ومن الممكن القول بأن الصورة التي قدمها المؤلف هنا خيالية تماماً ولا ترجع إلا إلى ذهنه.

(5) النبي ﷺ هو الذي أرخص في بيع العرايا بخرصها من التمر. تنوير الحوالك 147/2.

الذي أوجب اعتراض الفقهاء عليه واعتبارهم إياه من الربا.

ومن هذه المراجعة والتتبع التفصيلي للمعاملات السائدة نمت تدريجياً بنية الفقه الإسلامي في المدارس الأولى. وقد بدأ ذلك أول الأمر في صورة الرأي والاجتهاد الشخصي لكل فقيه، ليستقر بمرور الوقت على دعائم أكثر رسوخاً وإلزاماً. إذ كان طبيعياً أن يتفق الفقهاء في مصر من الأمصار في الرأي وأن تتكاثر اتفاقاتهم ليظهر ما عرف «بالإجماع» بين أعضاء المدرسة الواحدة. وحين ثبت الإجماع واستقر بمرور السنين ظهرت «سنة المدرسة». وقد أريد بالسنة ـ ومعناها لغوياً: الطريق البين المسلوك ـ أول الأمر العمل الواقع المتعارف عليه، سواء رجع إلى عرف القبائل العربية قبل الإسلام، أو إلى مجتمع المسلمين في القرن السابع. ولكن تطور هذا المعنى لدى فقهاء القرن الثامن الميلادي [الثاني الهجري] ليتضمن مدلولاً جديداً؛ فأصبحت السنة[6] عندهم هي مجموعة الآراء والأصول المتعارف عليها في كل مذهب، والتي يعمل رجال المذهب على عرضها ونصرتها. ومن الواضح أنها بطبيعتها هذه لا تتوافق مطلقاً مع السنة التي جرى عليها العمل في المحاكم الأموية.

وفيما يتعلق بتطور المنهج الفقهي في الفترة الأولى لحكم العباسيين ظهر اتجاهان أساسيان، أولهما: هذا الاتجاه الذي حاول أصحابه ـ في سعيهم لإضفاء التناسق والترابط على النظر الفقهي ـ أن ينظموا الاجتهاد ليصبح أكثر منهجية، ليؤدي ذلك بالتدريج إلى أن يفسح الرأي العفوي مكاناً للقياس. ومن بين الأمثلة الباكرة لاستخدام القياس ـ وإن كان من الطبيعي أن تتسم بالبساطة إلى حد كبير ـ تقدير الحد الأدنى للمهر الذي يدفعه الزوج بعشرة دراهم عند الكوفيين وثلاثة عند أهل المدينة. وما فعلوه أنهم قاسوا فقدان البكورة في الزواج على قطع اليد في السرقة[7]؛ إذ من

---

(6) لا شك في أن المعنى الأساسي للسنة هو: ما صدر عن النبي ﷺ من قول أو فعل أو تقرير. أما هذه المعاني الهامشية الأخرى التي ينسبها المؤلف لفقهاء القرن الثاني الهجري ويعتبرها تحديداً للسنة عندهم فلم تعد أن تكون استعمالاً للسنة بمفهوم أوسع بكثير من مفهومها الاصطلاحي والأساسي. وحينما يطلق فقهاء القرن الأول والثاني الهجريين كلمة السنة فإنما يعنون بها هذا المعنى الأساسي، أما حينما يريدون غيره فإنما يقيدونها بما يدل على ما يريدون، فقد يقولون مثلاً سنة الكوفة أو سنة المدينة. والمعنى هنا واضح، وهو مجموعة الآراء المستقرة في أي من هاتين المدرستين.

(7) لم يقل أحد من الفقهاء بأن قياس أقل المهر على نصاب السرقة مرجعه إلى مراعاة الشبه بين قطع اليد وفقدان البكورة. والسبب الذي ذكروه أن أقل المهر ينبغي أن يكون هو أقل مبلغ حماه الشرع لأصحابه بعقوبة المعتدي عليه في السرقة.

الواجب أن تصل قيمة المسروق إلى هذا المبلغ الذي عينه كل فريق منهما لتطبيق عقوبة القطع.

ومع ذلك فكثيراً ما أوجبت الاعتبارات العملية الخروج على هذا القياس الصارم؛ إذ قدم الفقهاء بعضاً من التنازلات الجارية مع العدالة، كما فضلوا أحياناً على القياس العمل ببعض المعايير الأخرى، مثل إعمالهم لمعيار المصلحة العامة في الحكم على مجموعة اشتركت في قتل واحد بإزهاق نفوسهم جميعاً مقابل تلك النفس الواحدة. وهذا اللون من الاستدلال الفقهي هو ما سمي لديهم «بالاستحسان». ويمثل هذا «الاستحسان» عودة إلى الرأي المطلق. وفي الحقيقة كان هذان المصطلحان يستخدمان أولاً على نحو مترادف، وإن كان الاستحسان يعبر عن مرحلة أكثر تقدماً في تطور التفكير الفقهي، حيث إنه ـ بطبيعة الحال ـ يفترض مسبقاً إمكان الاستدلال الفقهي عن طريق القياس.

والاتجاه الثاني للفترة الباكرة في النظر الفقهي إنما يتمثل في التأكيد المتزايد على مفهوم السنة أو الآثار الثابتة. فلتعزيز فكرة اتباع المأثور صيغ الرأي الفقهي في شكل يرجع بجذوره إلى الماضي، فنسبت إلى الأجيال السابقة أصول ما دار على ألسنة فقهاء هذه الفترة من آراء. نعم، لقد كانت هذه الأصول المأثورة ترد في البداية غفلاً عن أسانيدها، ولكن سرعان ما ألحقت الرسومُ والاعتباراتُ الفنيةُ بالرأي الفقهي أسماءً محددة من بين تلك الشخصيات السابقة المشهود لها بالفضل والتقى، وبهذا أمكن رد الآراء الفقهية المتأخرة إلى الأجيال الأولى للمسلمين عبر حلقات من الرواة. فعمر على سبيل المثال كثيراً ما يرد باعتباره المؤسس لسنة المدينة، على حين احتل ابن مسعود مكانة مشابهة في الكوفة. وقد وصل الأمر بطبيعته في النهاية إلى نسبة الرأي الفقهي إلى النبي [ﷺ] نفسه[8]. وبرغم أن هناك قدراً معيناً من هذه الآثار يرجع حقيقة إلى الأيام

---

(8) هكذا يعتقد المؤلف بكل بساطة أن الرغبة في اتباع المأثور دفعت الفقهاء إلى نسبة أصول آرائهم للأجيال الأولى من الصحابة، بدون إسناد أولاً، ليضطروا بعد ذلك إلى تلفيق الإسناد لأسباب شكلية بحتة. ثم تطور الأمر تلقائياً ليعيدوا نسبة هذه الآراء ـ التي كانوا نسبوها إلى الصحابة ـ للنبي ﷺ نفسه. وأظن أن المؤلف بحاجة إلى تذكيره بأن أبسط قواعد المنهج العلمي تقتضيه أن يذكر أدلته في هذه القضايا التي يتعرض في بحثها لعقيدة أمة تجلت عبقريتها في اكتشاف أصول المنهج التاريخي ومعرفة قواعد رواية الأخبار ونقدها والتمييز بين صحيحها وزائفها. لقد نشأ الإسناد منذ عصر الصحابة الذين كانوا يبالغون في الاستيثاق مما يروى لهم عن النبي ﷺ، كما كانوا يدققون في السؤال عن الرواة تدقيقهم في السؤال عمن يزوجونه. ويسّر =

الأولى للإسلام، تلك التي حفظتها الرواية الشفهية أو التطبيق التشريعي أيام الأمويين فإن القدر الأكبر من هذه المرويات كان خاطئاً في نسبته التاريخية. لقد جلت المطامح التشريعية والسياسية في استعادة النقاء الأول الذي كان عليه الإسلام فترة المدينة. وبإغفال الفترة الأموية، ووضع النظر الفقهي في صيغة تمتد جذورها لأيام الإسلام الأولى أقام الفقهاء صلة تحقق معنى الاستمرار بين عصرهم وعصر الخلفاء الراشدين.

وفي هذه المرحلة، أو حوالي سنة 770 م، تشكل تيار[9] معارض للمنهج الفقهي الذي قبلته المدارس الباكرة بوجه عام. وكان أهم ما يميز هذه المعارضة ذلك الموقف الأثري الجامد من الأحكام الفقهية نفسها أو أصولها التي تستند إليها على السواء. وعلى حين كان جمهور الفقهاء على استعداد لإدخال التطبيق القانوني السائد ضمن إطار نشاطهم الفقهي العام، ما دام لا يعارض صراحة مبدأ قرآنياً ـ فإن جماعة المحدثين The

---

= لهم ذلك نشأةَ المدارس والعلاقةَ الوثيقة بين أعضائها. أما أن يتجاهل المؤلف كل هذه الجهود العظيمة ليصورها هذا التصور الساذج فعندها يحق تذكيره بوجوب اتباع وسائل المنهج العلمي في الإثبات أو النفي.

(9) هل ظهر هذا التيار الأثري (أهل الحديث) في بداية النصف الثاني للقرن الثاني الهجري؟ يتعجب شاخت من تعيين المؤلف لسنة 770 م [154 هـ] تاريخاً لظهور أهل الحديث، ويتساءل: هل يشير المؤلف إلى تلك الجماعة التي ظهرت في العراق من غير أهل الحديث والمناوئة للمحدثين؟ ويستبعد هذا الاحتمال من جهة أن موقف هذه الجماعة لم يتسم بكونه «أكثر تحفظاً وأشد استمساكاً بالقيم والمعايير القرآنية». بل يرى شاخت أن موقف هذه الجماعة من التمسك بالقيم والمعايير القرآنية كان على العكس من ذلك تماماً -انظر مقالة شاخت في نقد هذا الكتاب ص 397.

وأبحاث الدكتور عبد المجيد محمود في كتابه الاتجاهات الفقهية للمحدثين تقطع بتأخر ظهور نشأة فقه أهل الحديث إلى أول القرن الثالث الهجري وآخر القرن الثاني الهجري. ورؤوس أهل الحديث عند الدهلوي هم: «عبد الرحمن بن مهدي ويحيى بن سعيد القطان ويزيد بن هارون وعبد الرزاق وأبو بكر بن أبي شيبة ومسدد وهناد وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه، وأقرانهم، يقول الدهلوي في ذلك: «وهذه الطبقة هي الطراز الأول من طبقات المحدثين، فرجع المحققون منهم بعد إحكام فن الرواية ومعرفة مراتب الأحاديث إلى الفقه، فلم يكن عندهم من الرأي أن يجمع على تقليد رجل ممن مضى مع ما يروون من الأحاديث والآثار المناقضة في كل مذهب من تلك المذاهب» حجة الله البالغة 149/1. وهكذا كان جمع الأحاديث وتتبعها واستظهار المحدثين لها وكتابتها السبب في اتخاذهم هذا الموقف النقدي من تلك المذاهب السائدة قبلهم.

Doctrinaire Group[10] قد اتخذت موقفاً أكثر تحفظاً وأشد استمساكاً بالقيم والمعايير القرآنية. فعلى سبيل المثال أسفر تفسيرهم المتشدد للربا عن قاعدة مؤداها أن استبدال سلعة معينة، (الذهب، والفضة والأقوات الغالية)[11] بمثيلتها لا يكون مباحاً إلا إذا تساوت السلعتان في الوزن أو الكيل وكان التبادل في الحال. وكان فقه أهل "المدينة"[12] قد ارتضى مبادلة التبر بوزن أقل منه ذهباً مضروباً، على أساس مقابلة الفرق بتكلفة الضرب. أما عند أهل الحديث هؤلاء فإن هذا التبادل يعتبر نوعاً من الربا المحرم. وكان من الطبيعي أن يؤثر هذا الاتجاه المحافظ في فقه أهل الحديث ليغلب عليه طابع السلبية - في مضمونه إن لم يكن في شكله كذلك - إلى حد فقد معه الإحساس بالظروف العملية ومتطلباتها؛ فإنه لمن العسير حقيقة أن يدرك المرء أي معنى أو غرض معتبر لعقد يأخذ فيه عمرو عشرين رطلاً من قمح لزيد في مقابل عشرين رطلاً من قمحه هو في مجلس العقد ذاته[13].

ونظراً لما في هذه الفكرة من وجاهة منطقية لا تقاوم فقد نزعوا [أهل الحديث] إلى دعمها وتأكيدها بنسبة كثير من القواعد والأحكام خطأً إلى النبي [ﷺ]. وكانوا يضعونها في شكل قصص أو أخبار عما قاله محمد [ﷺ] أو فعله في مواقف معينة، مما

---

(10) يعيب شاخت على كولسون اختيار هذا المصطلح، ويتعجب من أنه لم يستخدم الكلمة الأشهر في الدلالة عليهم وهي كلمة Traditionalists.

(11) لم يؤد تفسير أهل الحديث للربا إلى هذه القاعدة، فقد نص عليها حديث عبادة بن الصامت. وفيه يقول: «سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح إلا سواء بسواء، عيناً بعين. فمن زاد أو ازداد فقد أربى». رواه أبو هريرة كذلك. وأخرجه مسلم وأبو داود والدارمي والترمذي والنسائي وأحمد وغيرهم في كتب البيوع والمساقاة.

(12) لا يصح هذا القول بإطلاقه، إذ يروى مالك عن عبد الله بن عمر تحريم التفاضل في الذهب. فعن مالك عن حميد بن قيس المكي عن مجاهد قال: «كنت مع عبد الله بن عمر فجاءه صائغ، فقال له: يا أبا عبد الرحمن إني أصوغ الذهب ثم أبيع الشيء من ذلك بأكثر من وزنه فأستفضل من ذلك قدر عمل يدي، فنهاه عبد الله عن ذلك. فجعل الصائغ يردد عليه المسألة وعبد الله ينهاه حتى انتهى إلى باب المسجد أو إلى دابة يريد أن يركبها، ثم قال عبد الله بن عمر: الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما، هذا عهد نبينا إلينا وعهدنا إليكم». وهكذا لا يصح القول بأن أهل المدينة كانوا قد ارتضوا صحة بيع التبر بالذهب المضروب الأقل في الوزن.

(13) على القطع لم يتطلب فقه أهل الحديث إبرام هذا النوع من التعاقد. وكل ما هنالك أنهم يرفضون ويحرمون أي زيادة بين السلعتين المتماثلتين لوقوع ذلك تحت طائلة الربا المحرم. وأعتقد أن المؤلف لم يفطن إلى حكمة تحريم ربا الفضل الذي يعد ذريعة لربا النسيئة. وقد ذكر عدد من الفقهاء أن ربا الفضل محرم تحريم وسائل لا تحريم مقاصد.

يعرف في اللغة العربية بالأحاديث أو الأخبار. وينبغي ألا نعتبر هؤلاء الذين وضعوا هذه الأحاديث وروجوها متعمدين للكذب أو التزوير، وأولى بنا أن نتصور أن اعتقادهم الجازم بأن رأيهم يعبر بدقة عن القيم الإسلامية قادهم إلى الاقتناع الراسخ بأن النبي [ﷺ] كان سيقضي بالأحكام التي نسبوها إليه حتماً فيما لو واجهته المشكلات التي وقعت لهم. ومن ثم لم يكن الأمر بحاجة إلا إلى نقلة يسيرة لتأكيدِ أن النبي [ﷺ] قد فعل أو قال ما أسندوه إليه، ووضع إسناد ـ لهذا الذي نسبوه إليه ـ مؤلف من رواة افترضوا تحملهم له عن النبي [ﷺ] عبر الأجيال المتعاقبة إلى زمنهم"[14]. وهكذا فبينما يحتفظ قدر من أحاديث الأحكام بأصل الأفعال والكلمات التي صدرت عن النبي [ﷺ] وخاصة في المسائل غير الخلافية، فإن هذا الأصل الصحيح قد غشاه خليط متراكم من مواد موضوعة مختلقة. وينبغي في النهاية أن نقرر أنه حتى هذه الفترة ـ في أقل تقدير ـ لم ينظر إلى النبي [ﷺ] إلا على أنه بشر يبين الوحي الإلهي. ومن ثم فإن حجيته إنما تتمثل في تلقيه للوحي ونزوله على قلبه، وهذا هو الذي جعله المصدر الأول لما يجب اتباعه من أحكام.

ويتأثير موقف أهل الحديث تعدلت النظرة السائدة في المذاهب الفقهية على نحو تدريجي. وفي هذا لقيت كثير من القواعد البالغة التشدد التي انتصر لها أهل

---

(14) ينطوي هذا التصور على قدر كبير من الظلم لجهود المحدثين. وإذا تذرعنا بالصبر وتطلعنا لفهم ما أراد المؤلف التعبير عنه فإنني أجد أن من الضروري الإشارة إلى الأمور التالية:

(أ) اكتشف علماء الجرح والتعديل أثر التعصب للمذهب الفقهي في وضع الأحاديث، ونبهوا إلى جرم الوضاعين، مهما كانت نياتهم طيبة. وقد قررت السنة نفسها ذلك بصريح العبارة في حديث لم يكن ببعيد عن أذهان المحدثين لتواتره على ألسنتهم. فعن رسول الله ﷺ أنه قال: «من قال على ما لم أقل فليتبوأ مقعده من النار» ـ رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه والدارمي في أماكن متفرقة، ورواه أحمد بن حنبل في مسنده في أكثر من أربعين موضعاً.

(ب) ومع ذلك وقع بعض الوضاعين في هذا الخطأ، وربما كانت دوافع بعضهم الانتصار لمذهبه الفقهي، ولكن علماء الجرح والتعديل تعقبوا هذه الفئة ودونوا في مؤلفاتهم أسماءهم حتى لا يغتر بهم أحد. ويكشف أدنى اطلاع على مؤلفاتهم هذه عن الإحساس بأنهم بذلوا كل جهد بشري لرد كيد الوضاعين عن السنة. فهل من المنطق أن يأتي بعد ذلك الأستاذ كولسون لينسب إلى الجميع الاختلاق والوضع؟ لقد كان على الأستاذ أن يفرق إلى أي مستوى يراه هو بين الوضاعين والضعفاء والمتروكين وبين غيرهم من الأعلام الذين بذلوا كل طاقة بشرية ممكنة لحفظ السنة.

(ج) القول بأن هؤلاء الأعلام اندفعوا جميعاً إلى التلفيق دون معرفة بأنهم يكذبون قول متهافت للغاية، لا يتطلب عناء في الرد عليه. لقد اتسع خيال الأستاذ المؤلف أكثر من اللازم حتى ينسب جمهوراً من العلماء، من أجيال مختلفة إلى الكذب دون وعي منهم.

الحديث ـ كتلك التي تتصل بالربا ـ قبولاً عاماً. ونما الاتجاه إلى الاحتجاج للرأي الفقهي بزعم نسبته إلى النبي [ﷺ] والتعبير عنه في صورة حديث نبوي. ولكن برغم ما أدى إليه هذا الاتجاه من تزايد الإدراك لما قد ينشأ من تعارض في الأدلة بين حجية السنة وإجماع علماء مصر من الأمصار فلم يبذل إلى هذه الفترة أي جهد لحل هذا التعارض على نحو منهجي[15]. وهكذا تزاحمت في النظر التشريعي (فيما بين 700 م و 800 م) اجتهادات الفقهاء وإجماعات الأمصار والأخبار المروية عن النبي [ﷺ] في تأليف غير متناسق. وتنعكس هذه المرحلة من التطور التشريعي في أول مصنف فقهي ظهر في تاريخ الإسلام، وهو الموطأ الذي ألفه فقيه المدينة مالك بن أنس (ت 796 م)[16]. وربما توضح أمثلة ثلاثة من هذا المصنف ـ منتقاة جميعاً من باب البيوع ـ الاتجاهات التشريعية والعوامل المختلفة التي سلفت الإشارة إليها.

1 ـ يعترف مالك بن أنس بالتحريم العام لبيع المزابنة[17]، وهو مبادلة الثمر على الشجر قبل بدو صلاحه بمثله يابساً. ثم يعترف في الوقت نفسه بإباحة العرية، وهي مبادلة الرطب على النخل قبل بدو صلاحه بمثله تمراً. وقد ورد كل من هذين الحكمين المتعارضين في صيغة حديث عن النبي [ﷺ]. وتظهر الشواهد المستمدة من إسنادهما[18] أن التحريم العام للمزابنة هو الحكم الأسبق صدوراً عن النبي [ﷺ].

---

(15) كانت لفقهاء هذه الفترة خطتهم بالتأكيد في حل التعارض بين الأدلة. فأولاً لا يمكن لأي فقيه تصدَّى لإفتاء الناس وتعليمهم أمور دينهم أن يصدر رأياً في مسألة بدون أن يكون له ترتيبه للأدلة وخطته في حل التعارض بينها. وثانياً أثرت لنا مناظرات كثيرة بين فقهاء الصحابة ومن تلاهم تدور في جوهرها على ترجيح بعض الأدلة على غيرها. وأخيراً فإن الشافعي قد تعرض لموضوع التعارض بين الأدلة بما أثاره من قضايا النسخ واختلاف الرواية وحجية الأدلة المختلفة ومنازلها، وذلك في كتابه الرسالة وفي غيره، وكل هذه المسائل قد أثيرت قبله، وكان للفقهاء السابقين عليه رأي فيها. فلا يعقل بعد ذلك أن يتأخر تفكير الفقهاء فيما تثيره الأدلة المختلفة من تعارض إلى فترات تالية.

(16) ت 179 هـ.

(17) المزابنة معناها أوسع مما ذكره المؤلف. ويبدو أن بعض صورها المعروفة في عصر مالك كانت على قدر كبير «من المخاطرة والمقامرة والغرر، فمنها على ما يذكر مالك أن يكون عند رجل طعام لا يعرف كيله، فيقول آخر له: كل طعامك، فما نقص عن كيل كذا فعليَّ، وما زاد فلي. والمزابنة معناها المخاصمة والمدافعة وسميت بذلك لما تؤدي إليه من التشاحن بين أطراف التعامل. انظر تنوير الحوالك 128/2 وما بعدها.

(18) ترجع هذه الشواهد إلى متن الحديث لا إلى سنده. ففي البخاري «عن عبد الله بن عمر أن رسول =

ونستطيع أن نستنتج من ذلك أن تحريم المزابنة إنما نشأ من التفسير المتشدد للربا، الذي اعتمده أهل الحديث. وقد انتهى أهل المدينة إلى قبول هذا الحكم، ولكن مع تعديله بعض الشيء ليتوافق مع إباحة بيع العرية الذي استقر عليه العمل في المدينة منذ زمن بعيد، والذي رفع بدوره بعد ذلك إلى النبي [ﷺ] أيضاً. وهو يقرر أن إباحة هذا البيع إنما جاء على سبيل الترخص. وقد حاول مالك بن أنس عَرْضَهُ ـ على هذا الأساس[19]. ـ بادعاء أن هذه المبادلة سياقها القانوني الخاص بها، وأنه يمكن وضعها لهذا بين أنواع البيوع الأخرى المستثناة من هذا الحكم العام.

وفيما بعد [20] اتجه الفقه إلى تعليل هذا الاستثناء وذلك الخروج على القاعدة ليجعله مقبولاً على نحو أكثر بقصره على صورة خاصة، وهي استرداد صاحب النخل رطبه ممن وهب له أو أجره بعض نخله أو كُلَّه، وتبرير ذلك بحاجة الموهوب له أو المستأجر للنخل إلى بلح صالح للأكل في الحال، ومصلحة المالك الأصلي في أن يريح نفسه من دخول الغير إلى أرضه. ولكن ليس هناك ما يدعو إلى افتراض انحصار العرية في رأي فقهاء المدينة المبكرين ـ ومن بينهم مالك ـ في هذه الصورة خاصة. وهكذا تعكس معالجة الموطأ للمزابنة بوضوح مرحلة التوفيق الساذج بين النظرة العملية المتحررة نسبياً للفقهاء الأوائل والتناول المتشدد لأهل الحديث.

= الله ﷺ نهى عن بيع المزابنة: والمزابنة: بيع التمر بالتمر كيلا، وبيع الزبيب بالكرم كيلا». وفي البخاري كذلك «عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة. قال: والمزابنة أن يبيع الثمر بكيل إن زاد فلي، وإن نقص فعلي. قال: وحدثني زيد بن ثابت أن النبي ﷺ رخص في العرايا بخرصها». صحيح البخاري البيوع، وفي مسلم في الباب نفسه مثل ذلك. وقد أخرج أحاديث العرية من غيرهما ابن حنبل 264/5 وابن ماجه: تجارات، وأبو داود في البيوع، ومعنى أنه رخص في العرية أنه كان حرم المزابنة، وهكذا ترجع الشواهد إلى المتن لا إلى السند.

(19) ربما يوضح ذلك أن نذكر ما أورده مالك في هذا:

«عن مالك عن داود بن الحصين عن ابي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ أرخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق. يشك داود. قال مالك: وإنما تباع العرايا بخرصها من التمر، يتحرى ذلك، ويخرص في رؤوس النخل. وإنما أرخص فيه لأنه أنزل بمنزلة التولية والإقالة والشرك ولو كان بمنزلة غيره من البيوع ما أشرك أحد أحداً في طعامه ولا أقاله منه، ولا ولاه أحد حتى يقبضه المبتاع» تنوير الحوالك 126/2.

(20) يفسر ابن رشد مذهب مالك في العرية بقوله: «وأصل هذا أن الرجل كان يهب النخلات من حائطه، فيشق عليه دخول الموهوب له عليه، فأبيح له أن يشتريها بخرصها تمراً عند الجذاذ» بداية المجتهد 191/2. ويلاحظ أن عبارة ابن رشد لا تدل على انحصار الهدف من العرية فيما ذكره.

2 ـ أن مالكاً في إطار طريقته التي لا تتخلف، وهي أنه يبدأ مناقشته للموضوع الفقهي بذكر الأحاديث أو الآثار المتعلقة به ـ يعرض لإحدى المسائل المتصلة ببيع الرقيق، فيذكر أولاً هذا الخبر المنسوب لعمر: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»[21]، ليعقب بعد ذلك بقوله: «الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو ديناً أو عرضاً يعلم أو لا يعلم» ويعلل ذلك بقوله: «وذلك أن مال العبد ليس على سيده فيه زكاة، وإن كانت للعبد جارية استحل فرجها بملكه إياها، وإن عتق العبد أو كاتب تبعه ماله، وإن أفلس أخذ الغرماء ماله ولم يتبع سيده بشيء»[21].

وهكذا كان رأي أهل المدينة ـ على ما ظهر من اجتهاد مالك في عرضه وتعضيده بهذه الأدلة الأربعة ـ أن الملكية القانونية لمال العبد راجعة للعبد نفسه لا إلى سيده. وعلى هذا الأساس فإنه يصح انتقال مال العبد مع العبد نفسه بمقتضى عقد واحد إلى المشتري. إذ لو كان السيد هو المالك الحقيقي لمال العبد لناقض بيع العبد وماله في عقد واحد بثمن مجمل مبدأً من المبادىء الأساسية للبيع، وهو مبدأ عرفه مالك معرفة تامة ووافق عليه، وهو أنه حيث يكون موضوع البيع سلعتين متميزتين أو أكثر يجب أن يكون ثمن كل سلعة بذاته معروفاً محدداً وإلا بطل البيع للغرر. أما الكوفيون فإنهم تمسكوا بألا حق للرقيق في التملك ليقرروا من ذلك أن العبد وماله سلعتان متميزتان يملكهما السيد، ومن ثم صححوا انتقالهما معاً إلى المشتري مقابل ثمن واحد مجمل ويرى مالك من الناحية الأخرى أن العبد وماله يؤلفان بالطبع موضوعاً واحداً للبيع، ومن ثم يصح بيعهما بثمن واحد إذا نوى المتعاقدان ذلك. ولكن إذا لم يفصحا عن نيتهما باشتراط ذلك في العقد فمعناه أن البائع قد استخدم حقه بوصفه السيد في الإبقاء على مال العبد لنفسه[22].

ومن ثم فإن الحكم المنسوب إلى عمر يستلزم أمرين. أولهما الاعتراف الواضح بأهلية العبد للتملك. وثانيهما إعمال مبدأ الغرر في البيوع المتعددة الموضوع، وقد ارتبط هذا المبدأ الأخير بالتفسير البالغ التشدد للربا، على ما سبق بيانه. وهكذا يجب أن يكون لهذا الحكم أصل متأخر نسبياً؛ فإنه لا يناسب بداية مذهب أهل المدينة بقدر ما يدل بفحواه على مرحلة تالية في مجرى نظرهم الفقهي وتطوره.

---

(21) تنوير الحوالك 120/2.

(22) لمزيد من النظر في ذلك ارجع إلى: بداية المجتهد لابن رشد 166/2.

3 ـ «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا»[23]. هذا الخبر المنسوب للنبي [ﷺ] يعبر عن المبدأ المعروف «بخيار المجلس»؛ الذي يعطي المتبايعين بعد تمام إيجابهما وقبولهما الصحيحين الحق في الرجوع عن العقد ما داما في المجلس. ويقول مالك بعد ذكره لهذا الحديث: «وليس لهذا عندنا [في المدينة] حد معروف، ولا أمر معمول به فيه»[23]. وتفصح المسائل التي أثارها مالك بعد ذلك عن أن العقد عنده تام ولازم بمجرد التوصل إلى التراضي المتبادل. وهذا مثال من الأمثلة العديدة التي رفض فيها فقهاء المدينة الأوائل الأحكام القانونية المنسوبة إلى النبي [ﷺ] أو من جاء بعده ممن يحتج بهم، إذا عارضت العمل السائد المقبول لدى أهل المدينة[24].

وهكذا كتب الموطأ في الوقت الذي أدى فيه الاهتمام بتحقيق أصول الفقه وأدلته إلى رد الكثير من مسائله وأحكامه ـ سواء لدى جمهور الفقهاء، أو معارضيهم من المحدِّثين ـ إلى من يحتج بهم من فقهاء الصحابة والتابعين أو إلى النبي [ﷺ] نفسه. والمنهج الذي آثره مالك في تصنيفه هو أن يذكر أولاً هذه الآثار المتداولة في المسألة ليتأملها ويفسرها ثم ليقبلها أو يرفضها بعد ذلك في ضوء اجتهاده الخاص، وما عليه العمل التشريعي في المدينة. والمعيار الأعلى لديه هو اتفاق علماء محلته في الرأي، ولم يكن هناك في تطبيق ذلك المعيار أي نوع من التميز للأخبار المروية عن النبي [ﷺ] أو غيره من فقهاء الصحابة والتابعين، بحيث تند عن سيطرة ذلك[25] المعيار. فالموطأ في أساسه مؤلف فقهي يسجل الواقع العملي السائد في المدينة.

---

(23) تنوير الحوالك شرح علي موطأ مالك، للسيوطي 161/2، وقد روى هذا الحديث وأخرجه غير مالك، مسلم في صحيحه، وأبو داود والترمذي والنسائي، (كتاب البيوع). وأخرجه الدارمي في كتاب البيوع وفي غيره، وأخرجه ابن حنبل في مواضع متفرقة (14 موضعاً في الجزء الثاني من المسند، وموضعين في الجزء الرابع). كما أخرجه البخاري في كتاب البيوع بلفظ آخر.

(24) اتهم مالك بهذا الاتهام من قبل، وقد دافع عنه كثير من العلماء وفسروا موقفه تفسيراً آخر ينأى به عن الوقوع في مخالفة السنة. ومن الممكن الرجوع في هذا إلى كتاب «مالك» للمرحوم محمد أبي زهرة ص 300، كما يمكن الرجوع أيضاً إلى كتاب: «توثيق السنة» للدكتور رفعت فوزي ص 32 وما بعدها، والمراجع التي ذكرها مفيدة في التعرف على النقاش الفقهي الذي دار حول موقف مالك في الموضوع.

(25) لا يفترض العمل بإجماع أهل المدينة منازعة السنة حجيتها بقدر ما يعني الاعتماد عليه في الترجيح بين الروايات والحكم عليها. فمثلاً إذا عارض خبر الواحد إجماع أهل المدينة فيما لا يعرف إلا بالتوقف فإن ذلك يعني ضعف خبر الواحد، ولا يعني أبداً إنكار العمل بالسنة من حيث المبدأ. انظر: مالك للمرحوم محمد أبي زهرة ص 331 وما بعدها. لقد بلغ مالك في رواية الحديث ومعرفة =

وقبل أن نترك الموطأ يحسن أن نقرر ملاحظة أخيرة، تتمثل في تلك الصلة الوثيقة بين تطور الفقه وطريقة الكتابة فيه. فالموطأ ينقسم إلى كتب، تتناول أقسام القانون الرئيسية: كالزواج والعقود والحدود وما إلى ذلك. غير أن كل كتاب منها مؤلف من مجموعة من المسائل والأحكام تبدو غير مترابطة ولا متماسكة فيما بينها. وسر ذلك أن الفقه إنما دوِّن على النحو الذي جرى به تطوره، في إطار ذلك التتبع الجزئي ومراجعة مسائل العمل التشريعي للأمويين. وقد احتفظ التدوين الفقهي فيما بعد بطريقة الموطأ الجزئية غير المتماسكة هذه، برغم أنه أخذ يتناول كل موضوع بطريقة أكثر اتساقاً من الناحية المنطقية. فالواقع أن المؤلفات الفقهية لا تفصح بادىء ذي بدء عن المبادىء الكلية، لتتلوها بذكر تطبيقاتها التفصيلية، بل تتألف من مسائل متتالية، منفصلة وغير مترابطة. ومن الطبيعي أن ينتج مثل هذا المنهج معطياته القانونية الخاصة به. فلم تكن هناك على سبيل المثال نظرية عامة للعقد ـ بالمعنى المعروف في القانون الانجليزي ـ تحدد المبادىء الأساسية التي تحكم صور التعاقد المختلفة مهما تنوع شكلها، وإن كان هناك بدلاً من ذلك قانون للعقود ـ بالطريقة المعهودة في القانون الروماني ـ فيه لكل نوع منها قواعده الخاصة التي تضبط أحكام مسائله. لقد ظل أسلوب الفقه الإسلامي بوجه عام في الحقيقة حتى العصر الحديث متأثراً إلى حد كبير بالأسلوب الذي اتبعه مؤسسوه الأوائل في القرن الثامن الميلادي.

ولئن اتفق المنهج الفقهي في الكوفة والمدينة أساساً فإن البناء الفقهي الذي أثمره هذا المنهج في كل مدرسة منهما يختلف عن نظيره بدرجة ليست بالقليلة. إن أصولهما المشتركة تتمثل في الأحكام الظاهرة الواردة في القرآن [الكريم]، وفي الآثار المستندة إلى النبي [ﷺ] أو الخلفاء الراشدين، مما احتفظ به العمل التشريعي الأموي، كما أن الاستنتاجات التي توصل إليها فقهاء الكوفة ـ اعتماداً على هذه المصادر نفسها ـ لا تختلف عنها في المدينة إلى حد كبير. ولكن حرية النظر العقلي التي مارسها الفقهاء كان لا بد أن تؤدي ـ فيما وراء مجالات الاتفاق هذه ـ إلى أحكام مختلفة، كتلك التي صادفتنا فيما سبق؛ إذ كان طبيعياً أن يتأثر الفكر الفقهي في هذا الصدد بصفة خاصة بالظروف البيئية السائدة في كل مصر منهما. ولهذا التباين بين ظروف الحياة في هذين المجتمعين

= حاله من القوة والضعف مرتبة لم يصل إليها كثيرون من أئمة الفقه، ولا يصح مع اهتمامه هذا ومكانته تلك أن يقرر أحد أنه كان يفتي أحياناً بمخالفة السنة. إنه كان يخالف ما يعده الناس من السنة إذا ثبت لديه عدم صحته، على أنه كان يقبل منه ما عرف هذه الصحة فيه.

هو الذي يفسر كثيراً من أوجه الخلاف بين فقهاء الكوفة والمدينة على ما يظهر من الأمثلة التالية.

إن نظام التوريث الذي أخذت به هاتان المدرستان واحد من حيث قواعده الأساسية، فهذا الموضوع إنما تحكمه، بنوع من التفصيل، نصوص القرآن وسنة النبي [ﷺ]، والآثار الواردة عن خلفائه، ومع ذلك فقد نشأ كثير من الخلافات الهامة في تلك المسائل التي لم تفصل أحكامها على هذا النحو. وعلى سبيل المثال: إذا لم يترك الميت صاحب فرض ولا عصبة فإن الكوفيين يرون الحق في الميراث لذوي الأرحام (أولاد البنات والأخوات) أما أهل المدينة فلا يثبتون لهم ميراثاً: ويصح القول باستناد كلا الرأيين إلى تفسير معقول للقرآن؛ إذ يستند أهل المدينة إلى حقيقة مؤداها أن القرآن لم يمنح هذا الصنف من القرابات حق الميراث، على حين يستند الكوفيون إلى حقيقة أن اعتراف القرآن بحقوق النساء في الميراث إنما يتضمن اعترافاً بحق من يدلي بهن إلى الميت في الميراث أيضاً. على أنه كان إنكار حقوق ذوي الأرحام في الميراث هو الاتجاه الطبيعي في مجتمع المدينة القائم على إعلاء شأن الرجل بمثل ما كان طبيعياً أيضاً أن يقرر مجتمع الكوفة التسليم بحقوق هذه القرابات في الميراث؛ إذ كانت المرأة قد تمتعت في مجتمع الكوفة المفتوح على الثقافات الانسانية المختلفة بتقدير أعلى مما كان لها في المدينة. ومن النتائج الملموسة لهذا التقدير ذلك الحكم الذي سبقت الإشارة إليه عندهم، والذي يتمثل في أهلية المرأة لعقد زواجها بنفسها. وباختصار لقد فسرت كل مدرسة من هاتين المدرستين القرآن في ضوء ظروفها الاجتماعية السائدة[26]:

وفي الكوفة أدى الوعي الطبقي ـ الناجم من الطبيعة المتفاوتة لبناء مجتمعها حيث عاش المسلمون من العرب والموالي في اتصال مباشر ومن موروث التصنيف الطبقي

---

(26) لا شك في أن اختلاف الأعراف بين المدينة والكوفة مسؤول عن كثير من الاختلافات بين فقهاء هاتين المدرستين. أما بخصوص المثال الذي ذكره المؤلف فلا يثبت أبداً رجع مذهب الأحناف في توريث ذوي الأرحام إلى تصوراتهم عن مكانة المرأة في مجتمعهم، كما لا يثبت في مذهب أهل المدينة أن عدم التوريث راجع إلى مثل ذلك. إذ لم تحتل المرأة في الكوفة مكاناً مختلفاً عما احتلته في المدينة. ويجب بحث الخلاف بينهما في هذه المسألة في حدود التصور العام للنظام الذي أقرته كل مدرسة منهما في الميراث. وتوضيح ذلك إلى حد ما أن أهل المدينة ارتضوا إقامة بيت المال وارثاً، يلي أصحاب الفروض والعصبات في الاستحقاق ولذلك لم يضطروا إلى توريث الأرحام. أما الأحناف فإنهم يؤخرون استحقاق بيت المال إلى حالة انعدام الأقارب وكل من له حق في الميراث، ولذلك رأوا توريث ذوي الأرحام مقدماً على توريث بيت المال.

للامبراطورية الفارسية الساسانية إلى ظهور قاعدة «الكفاءة»[ط]. وهذه القاعدة التي اشترطت مساواة الزوج لزوجته في جوانب معينة ـ تشمل النسب والمركز المالي والحرفة ـ لا يوجد لها ما يناظرها في فقه المدينة الباكر ولا ذكر لها على الإطلاق في موطأ مالك. إذ لم يستشعر مجتمع المدينة الوثيق النسج والترابط مشاعر التمايز الطبقي على هذا النحو من القوة.

ويدل الخلاف الفقهي بين المدرستين في بعض القواعد الفقهية على مدى ما صارت إليه رابطة «القرابة الدموية» في المجتمع العربي التقليدي، وانصراف فقهاء الكوفة عن إعطائها أهمية مماثلة لما اتخذته عند فقهاء المدينة.

لقد اتفقت المدرستان على مبدأ المسؤولية الجماعية عن دفع دية النفوس وما دونها في القتل والجرح، وتصطلحان على تسمية الجماعة التي يقع على عاتقها دفع الدية «بالعاقلة». غير أن العاقلة تتألف عند أهل المدينة من عصبة الجاني، على حين تتألف في الكوفة من هؤلاء الذي تجمعهم به صلة تتمثل في الاشتراك في الوظيفة أو مجرد الجوار، مثل الجنود المنضمين في فرقة واحدة، أو التجار الذين تقع حوانيتهم في سوق واحد. وتنطبق هذه الاعتبارات ذاتها ـ ولو جزئياً ـ على اختلافهم في أحكام «الشفعة»، وهي الحق في الحلول محل مشترى العقار، وأخذه من مالكه بنفس الشروط التي بيع بها. ومصلحة الشافع في العقار، وأخذه من مالكه بنفس الشروط التي بيع بها. ومصلحة الشافع في العقار المباع التي نال بها حق الشفعة قد تتمثل عند أهل الكوفة في ملكيته لعقار يجاور العقار المبيع، على حين لا يترتب مثل هذا الحق للجار عند أهل المدينة، وإنما يستحقه عندهم الشريك[27] الذي كان في العادة من أقرباء بائع الأرض، بحكم الأساليب التي كانت سائدة في حيازة الأرض وملكيتها في النظام العرفي السابق.

وإذا صرفنا النظر عن هذه الخلافات المحددة التي وقعت بين الفريقين في فروع الفقه فسنجد أن نظرتها العامة وموقف كل منها إنما خضع للظروف الخاصة به. فالروح المحافظة المتمسكة بالموروث هي السمة المميزة لفقهاء المدينة الباكرين، على حين استلهم زملاؤهم الكوفيون روح البحث والتفكير الحر، نظراً لحياتهم في مجتمع تأسس حديثاً، وليست له هذه الجذور التي تربطه بالماضي مثل مجتمع المدينة.

وبالإضافة إلى ذلك فإن مدرسة الكوفة كانت من الناحية الجغرافية أكثر اتصالاً

(27) لكن أهل الكوفة لم يمنعوا الشريك حق الشفعة فكيف يسلم هذا الاستدلال؟

بالنظم القانونية الأجنبية، كما كانت من الناحية العقلية أكثر تأثراً بها. فأبو حنيفة (ت 767 م[28]) زعيم مدرسة الكوفة الفقهية في عصره رأى أنه لا حجر - وهو تقييد التصرفات المالية[29] بإذن الولي - على إنسان بعد بلوغه من العمر خمساً وعشرين سنة. وقد كان هذا هو الحد المعترف به للولاية على المال Curtio في القانون الروماني. وقد عكست الحالة القانونية للعبيد في المدينة مركزهم كأعضاء مقبولين بين أفراد العائلة في المجتمع العربي، فكانت لهم ضمن ما نعموا به أهلية للتملك على ما رأينا فيما سلف، ولكن فقهاء الكوفة لأهليتهم هذه بمنطق صارم أساسه أنه إذا كانت ذواتهم مملوكة فلا يتحملون الحق في التملك. وينبع هذا الموقف المنهجي إلى حد كبير من التأثر بالقانون الروماني، ومن التمييز الطبقي الحاد في مجتمع الكوفة أيضاً.

وفضلاً عن هذه الخلافات غير اليسيرة بين البناء التشريعي لكل مدرسة منهما فقد كانت هنالك أيضاً اختلافات في الرأي بين الفقهاء داخل المدرسة الواحدة. فلم يكن فقيها الكوفة البارزان أبو يوسف (ت 798 م) والشيباني (ت 804 م[30]) من الاتفاق بالقدر الذي قد يدل عليه لقبهما التقليدي: «الصاحبان»؛ فالواقع أن ما بينهما من اشتراك قليل، إذا نحينا تلمذتهما معاً على أبي حنيفة. لقد كان أبو يوسف بتوليه منصب قاضي القضاة رجلاً عملياً على صلة وثيقة بالدوائر السياسية، على حين كان الشيباني بحسب ميوله باحثاً نظرياً في الفقه - وإن ولي القضاء لفترة يسيرة - وجد كفاءته الحقة في الكتابات المستفيضة الشارحة لمذهبه الفقهي.

ويظهر الخلاف بين شخصية هذين الفقيهين في معالجتهما لأحكام الوقف [التبرع

---

(28) 150 هـ.

(29) هذا هو الحجر للفساد الذي يختص بالسفيه، وهو من اعترته خفة تحمله على العمل بخلاف مقتضى العقل والشرع. وعند أبي حنيفة أن من بلغ رشيداً صح دفع المال إليه، وأقل حد للبلوغ اثنا عشر عاماً. فإن اعتراه السفه بعد ذلك لم يجز الحجر عليه، أما من بلغ غير رشيد فلا يجوز دفع المال إليه عند أبي حنيفة إلا أن يبلغ خمساً وعشرين سنة، فيدفع إليه المال حينئذ، لأن منع المال عنه للتأديب، ولا يفيده فيمن بلغ هذه السن.

وخالفه الصاحبان فيريان أنه إن بلغ هذه السن غير رشيد لم يُمَكَّنْ من التصرف في المال إلا بإذن الولي [فتح القدير 259/9 وما بعدها].

ولا يثبت اتفاق أبي حنيفة مع القانون الروماني في تحديد هذه السن تأثره بهذا القانون. ومن الطبيعي أن يجد المؤلف اتفاقاً في آراء فقهاء هذه المدرسة مع القانون الروماني في قضايا كثيرة، لكن هذا الاتفاق الجزئي لا يثبت التأثر مطلقاً.

(30) توفي أبو يوسف سنة 182 هـ على حين توفي محمد بن الحسن الشيباني سنة 187 هـ.

الثابت في أوجه البر] وهو واحد من الموضوعات الكثيرة التي اختلف فيها رأيهما. إذ يقنن الشيباني لمسائل الوقف بقياسه على الهبة. وحجته لذلك أن الوقف هبة العين الموقوفة لله [عز وجل] ومنفعتها للمتنفعين بها. ومن ثم حكم بأن تسليم الموقوف إلى المتولي هو شرط لصحة الوقف. أما مذهب أبي يوسف فقد كان متأثراً إلى حد كبير بالاعتبارات العملية المتمثلة في وجوب تيسير إنشاء الوقف والتشجيع عليه. ولتحقيق هذا الهدف قضى بأن مجرد إعلان الواقف ـ ولو لم يسلم العين الموقوفة ـ كاف لإنشاء الوقف صحيحاً. وتتضح نزعته هذه أكثر فيما رآه من أن للواقف أن يحتفظ بحقه في الانتفاع بعلة الموقوف مدى حياته.

وبظهور التدوين الفقهي حدث تغير في البنية التي كانت عليها المدارس؛ إذ غلبت نسبتها لمؤلفي الكتب الفقهية الأولى بأعيانهم بدلاً من نسبتها لمحلة بعينها. فآل أمر مدرسة المدينة إلى اعتبارها «مذهب مالك» ، وأصبحت مدرسة الكوفة «مذهب أبي حنيفة» ومن ثم رد الشيباني ـ هذا التلميذ الوفي ـ أصل مؤلفاته كلها إلى شيخه أبي حنيفة [31]. وجاءت الأجيال المتأخرة لتبالغ في الدور الذي قام به الرئيسان الاسميان للمذهبين، وإن كان الشيباني نفسه هو المؤسس الحقيقي للفقه الحنفي، ذلك المذهب الذي تكوَّن بعد أبي حنيفة. لكن الشيباني وجد في أبي حنيفة أصلاً يدعمه، فتعلق به، على حد قول ساشو[ى] Sachau الذي يمثله «بلبلاب التف حول جذع ضخم لشجرة بلوط». وبالمثل كان ابن القاسم تلميذ مالك هو واضع الأسس المنهجية للمذهب المالكي.

وهكذا يتضح أن الخلاف المتزايد في الرأي هو الملمح البارز للتطور الفقهي في النصف الثاني من القرن الثامن الميلادي [حوالي منتصف القرن الثاني الهجري]؛ فالانتماءات المذهبية والإقليمية كانت قد أنتجت نظماً فقهية غير مكتملة. ولم تعترف أي من المدارس العديدة ـ التي لم تكن مدرستا الكوفة والمدينة سوى اثنتين منها ـ لغيرها بأنها تقدم التعبير الحقيقي للنظام الإسلامي في السلوك؛ وسبب النقاش داخل كل مدرسة خلافاً في الرأي بين فقهائها أنفسهم وانشقاق جماعات منهم عنها.

---

(31) اضطرب المؤلف في تعليل الانتقال عن نسبة المدارس الفقهية للأمصار إلى رؤساء المذاهب. وتقديره أن تأليف الكتب الفقهية كان هو السبب في حدوث هذا الانتقال. وكان من اليسير عليه تفسير ذلك بالنسبة لمذهب مالك الذي شارك في التدوين الفقهي. ثم صعب عليه تفسير ذلك بالنسبة للمذهب الحنفي؛ فإن أبا حنيفة لم يدون مذهبه. ولكي يطرد قاعدته قرر أن الشيباني رجع مؤلفاته الفقهية إلى شيخه أبي حنيفة. والحق أنه لا يمكن قبول مثل هذا التفسير.

لقد أدرك ابن المقفع وزير الخلافة العباسية منذ فترة مبكرة (سنة 757 م) (140 هـ) الأخطار المترتبة على هذه الاختلافات، وأوصى الخليفة المنصور أن يحل هذه التناقضات بإصدار أمر بتوحيد القضاء وبإصدار تشريع كامل موحد. لكن هذه الفرصة التي لاحت لتوحيد القضاء بفرضه قد ضاعت كما هو معروف، ولم يعد تحقيقها ممكناً بعد استقرار المذاهب الفقهية وتمكنها. ونظراً لأن العباسيين قد تبنوا الفكرة القائلة بأن الخليفة خادم القانون لا سيده فإن مقاليد التشريع قد رجعت إلى أيدي الفقهاء بدلاً من الحكام السياسيين. وعلاوة على هذا أصبحت الخلافات في الأصول من الخطورة بحيث لم يعد حلها بالحلول المفروضة أمراً ممكناً. وأسفر النزاع بين ما كان عليه العمل في المدارس الفقهية الباكرة ومعارضيها من المحدِّثين إلى نزاع بين هؤلاء الذين يرون لأنفسهم حق الاجتهاد وهم «أهل الرأي» وهؤلاء الذين رأوا قصر الاحتجاج على سنة النبي [ﷺ] وهم «أهل الحديث».

وقد أصبح واضحاً أن ثمة ضرورة لبذل محاولات لتحقيق وحدة التشريع بغية إنقاذه من التفكك الشامل. وكان من الواضح أيضاً أن مثل هذا الاتجاه ينبغي أن يتولد من داخل الفقه نفسه، وعلى أيدي أئمته المقتدرين. وهنا ظهر الرجل المناسب تماماً للقيام بهذا الدور، وهو محمد بن إدريس الشافعي[32].

---

(32) في نهاية هذا الفصل يجمل بنا أن نتوقف أمام الأفكار الأساسية التي وردت به، لإيجازها والتعقيب عليها.

لقد خصص المؤلف هذا الفصل لبيان ملامح التطور الأصولي في فترة نشأة المذهب الحنفي والمالكي وانبثاقهما عن مدرسة الكوفة والمدينة.

ويعتقد المؤلف بتأثر التطور الفقهي في هذه الفترة بتأجج المعاداة للأمويين من جهة وبرعاية العباسيين للنشاط الفقهي من جهة أخرى. ورأيه أن الأحناف قد نالوا حظاً من هذه الرعاية زائداً على ما لقيه منها أهل المدينة، ويستنتج من هذا إسراع المذهب الحنفي في درجة التطور وتفوقه على المذهب المالكي. وفي رأيه ـ مع ذلك ـ أن الخلاف بين المذهبين ليس كبيراً؛ فأصولهما تكاد تكون واحدة، وكثير من الأحكام التي عبر عنها فقهاء المذهبين مشتركة في الأسس. غير أن هذا لا يعني عدم وجود خلاف بينهما؛ فالخلاف بين فقهاء المدرستين في مجموعهما وداخل كل مدرسة منهما يشكل أهم ملامح التطور الفقهي في هذه الفترة من وجهة نظر المؤلف، بل كان هذا الاختلاف هو السبب الذي حتم ظهور نظرية الشافعي الأصولية، على ما يقرره المؤلف في نهاية هذا الفصل. وخطأ كولسون الفادح في هذا الفصل اعتقاده بأن أهل الحديث هم الذين قاموا بوضع آرائهم المتشددة في قوالب من السنة مع وضع سند لها ينسبها إلى النبي ﷺ. ومن المثير للدهشة ألا يرى المؤلف في زعمه هذا أدنى اتهام لأهل الحديث بالكذب أو الوضع؛ فهم فعلوا ما فعلوا في رأيه بدافع الورع وتقويم سلوك الناس. ويخدع هذا المنطق =

= صاحبه عن رؤية الحقيقة قبل أن يخدع غيره؛ فحقيقة الأمر أن هؤلاء العلماء قد بذلوا كل جهد بشري لجمع الأحاديث والمقارنة بين أسانيدها وتحقيقها لقبول ما وافق شروطهم المتشددة في الرواية، ورفض ما يخالف هذه الشروط. وترتب على تحقيقهم هذا قيام الفقهاء بإعادة النظر في أحكامهم المخالفة لما ثبتت صحته من السنة. ولهذا لا يصح اتهام المحدثين بأنهم كانوا وراء وضع أحاديث الأحكام، بل هم الذين قاموا بتنقية السنة مما ألم بها من شوائب الوضع. وللتعرف على جهودهم هذه انظر مثلاً:

- السنة قبل التدوين للدكتور محمد عجاج الخطيب مكتبة وهبة 1963 م

- السنة ومكانتها في التشريع الإسلامي للدكتور مصطفى السباعي، الدار القومية للطباعة والنشر بالقاهرة.

الفصل الرابع

واضع علم الأصول[1]

محمد بن إدريس الشافعي .

في عام 767 م [150 م] ولد الشافعي ليقوم أوَّلَ نشاطه الفقهي بدور المتفرج الناقد في المسرحية المتدافعة الأحداث أكثر من أن يشارك فيها مشاركة فعالة. وقد اكتسب من فترات دراسته وتردده على مراكز الدراسة الفقهية الأساسية ـ في مكة والمدينة والعراق وسوريا ـ معرفة وثيقة بنجومها البارزين. ولكنه نأى بنفسه عن التبعية لواحد منهم. واستطاع بابتعاده عن الانتماء لمدرسة خاصة أو مذهب معين أن يفهم ما يجري على المسرح من أحداث متشابكة في اتساع نظر وعمق إدراك، مما أتاح له أن يضيف جديداً إلى التفكير الفقهي. وأخيراً ظهر على المسرح فارس عصره الذي تطلع إلى حل ما تعقد من خيوط الجدال المتشابكة، وقدم حلاً يقيم النظام مقام الفوضى السائدة.

وفي المجال الفني لمنهج النظر الفقهي عمل الشافعي بوجه عام على تأكيد إنجازات معاصره الأكبر منه الشيباني، وأضاف إليها. ولقد كان الشغل الشاغل للفقهاء قبله هو إضفاء الصبغة الإسلامية على القانون بالتقويم الخلقي للتصرفات والعلاقات في ضوء المعايير الدينية. وكان عمل الشافعي تعبيراً عن مرحلة أكثر تقدماً

---

(1) تقابل هذه العبارة (واضع علم الأصول) عبارة المؤلف Master Architect، ومعناها الحرفي: المعماري الأستاذ، وسيتضح بعد قليل أن الشافعي إنما استحق ذلك لقيامه بوضع المنهج الأصولي، وهذا هو ما يريده المؤلف، ولذلك اخترت هذه العبارة حتى تقترب من التعبير العربي.

ومنهجية في النظر الفقهي. ويتبين ذلك تماماً من معالجته لبعض الأحاديث المنسوبة للنبي [ﷺ] التي تنهى عن تدخل طرف ثالث في العقد أثناء مرحلة المساومة، من مثل قوله [ﷺ] «لا يبع أحدكم على بيع أخيه»[2].

لقد اكتفى فقهاء المدارس الباكرة بمجرد تقرير أن مثل هذا التدخل محرم، دون أن يحاولوا تحديد النتائج القانونية التي ينطوي عليها هذا التحريم، بينما حصر الشافعي المشكلة في حدود الأضرار العملية التي قد تحدث للمتعاقدين من جراء هذا التدخل، مفصلاً ذلك بأن الضرر من شأنه ألا يحدث قبل وصول طرفي التعاقد إلى الرضا المتبادل، حيث لا تنشأ الالتزامات القانونية قبل ذلك. كما أن مثل هذا التدخل لا يؤدي إلى الضرر إذا كان بعد لزوم العقد؛ فلو فرضنا أن رجلاً قد اشترى حلة بعشرة دنانير فلن يقع على المشتري الأول ضرر إذا تقدم للمشتري بائع آخر يعرض عليه حلة مماثلة بتسعة دنانير، إذ البيع الأول قد لزم ولا يمكن فسخه. وعلى هذا رأى الشافعي أن البيع على البيع إنما يكون محرماً في الفترة ما بين تمام العقد ولزومه، أي في مجلس العقد الذي يحق فيه لكلا الطرفين التحلل من البيع المتفق عليه؛ فإن مثل هذا الإغراء على الفسخ ـ كأن يقدم الطرف الثالث السلعة نفسها بثمن أقل ـ قد يؤدي إلى خسران البائع الأول فيما لو لم يجد مشترياً آخر لسلعته، أو إلى خسران المشتري الأول إذا لم يتحقق (ك) البيع الثاني.

نعم، إن هذا النظر الفقهي قد لا يخلو من قصور وخاصة إذا ما قورن بالأحكام التي انتهى إليها المتأخرون؛ إذ من الممكن أن يفضي الإغراء على التحلل من العقد الملزم إلى الضرر. ولو أخذنا المثال المحدد الذي ذكره الشافعي آنفاً فإن المشتري الأول إذا عجز عن الوفاء بالثمن[3] نشأ من ذلك ضرر مؤكد للبائع. وأيضاً لم يلتفت الشافعي البتة إلى الجزاءات القانونية المحددة التي يمكن للطرف المتضرر بالفسخ أن يطالب بها. ولكن يمثل تناوله خطوة متقدمة إلى حد كبير في النظر التشريعي. فبدأ نوع من البناء القانوني ـ بمعناه المحدد ـ في الظهور مشيداً على أسس من معايير السلوك الأخلاقية التي صاغتها المدارس الباكرة.

---

(2) أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب البيوع والنكاح، وكذلك مسلم، وأخرجه أبو داود أيضاً في كتاب البيوع والنكاح، وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه والدارمي وأحمد بن حنبل في مسنده.

(3) نظراً لنفاذ ماله بعد أن اشترى السلعة بثمن أقل من الطرف الثالث المتدخل.

ويقل تأثير الشافعي في مجال العمل الفقهي في الفروع بحيث يبدو قليل الخطورة وخاصة إذا ما قورن بما خلفه من أثر في ميدان أصول الفقه ومناهجه. وقد نصبته عظمة الدور الذي قام به في هذا الميدان وقوة الأفكار التي ابتدعها في سبيل تحقيقه عملاقاً لا يطاول في تاريخ التشريع الإسلامي. لقد كان هدفه الأسمى وحدة الفقه، وكان منهجه هو إبعاد دواعي الاختلاف بإقامة نظرية متماسكة تحدد المصادر التي يجب استمداد الأحكام الفقهية منها. وتحتوي الرسالة التي ألفها في مصر - حيث أمضى الخمسة الأعوام الأخيرة من عمره قبل أن يتوفى سنة 820 م [204 هـ] - على الأسس الناضجة لنظريته الأصولية. وسنرى من التحليل الموجز التالي أنها مرسومة في بساطة، ولكن في جرأة وحسم كذلك. ولا تكمن عبقرية ابتكار هذه النظرية في تقديم تصورات جديدة تماماً، بل في إعطاء الأفكار القائمة دلالة وبروزاً جديدين، ثم صهرها داخل خطة تطرد.

وعند الشافعي أربعة أصول أساسية للفقه، من الطبيعي أن يكون القرآن أولها. لكن على حين لم يكن هناك نزاع قط في القوة الملزمة لأحكام القرآن التشريعية فإن الشافعي رأى فيه بوصفه المصدر الأول للتشريع مغزى أعمق مما رأى السابقون؛ فإن القرآن فضلاً عما بينه من أحكام الفروع قد أشار أيضاً إلى وسائل تفسير هذا القدر المحدود والبناء عليه. ومن ذلك على الخصوص الأمر المتكرر: «أطيعوا الله ورسوله» الذي أقام سنة النبي [ﷺ] الأصل الثاني للفقه بعد كلام الله [عز وجل] مباشرة.

إن تأكيد الشافعي على حجية النبي [ﷺ] مشرعاً لهو السمة الثابتة والغالبة في مذهبه الفقهي. غير أنه لم يكن ليعيد هنا مقررات أهل الحديث التي نشأت في المدارس الباكرة؛ فعندهم أن حجية النبي [ﷺ] كانت تتمثل في أنه أفضل شخص مؤهل لتفسير القرآن، الموحى إليه وإن كان شارحاً بشراً[ك]، وإنما لهذا السبب أباح بعض الفقهاء - كمالك - لأنفسهم رفض أحكام النبي [ﷺ] إذا رجحت اعتبارات فقهية أخرى على ما تستوجبه في ذاتها من فضل، كأن تكون متعارضة[م] مع ألفاظ القرآن[4]. لكن الشافعي يضيف رأياً دامغاً؛ فقد أصر - عارضاً في انسجام لأول مرة

(4) المؤكد والثابت أن الإمام مالك لم يكن يرى لنفسه الحق في رفض أحكام النبي ﷺ متى ثبتت صحة نسبة الحكم إليه. والحقيقة في ذلك أن الإمام مالكا كان يعتبر تعارض ما يروى من سنة عن النبي ﷺ مع القرآن معياراً لنقد هذا المروي، من منطلق أن السنة الصحيحة لا تعارض القرآن، فإذا حدث التعارض كان ذلك دليلاً على زيف نسبة هذه السنة وعدم صحتها، ومن ثم عدم =

فكرة كانت معروفة من قبل بشكل يشوبه الإبهام ـ على أن أحكام النبي [ﷺ] التشريعية هي من وحي الله [عز وجل]. وعند الشافعي أن ذلك هو المعنى الذي لا معدى عنه لأمر القرآن بطاعة الله ورسوله، والأمر المشابه له باستهداء «الكتاب والحكمة»[5]؛ إذ لا يدل هذا المصطلح الأخير إلا على سنن النبي [ﷺ] . إن اعتراف الشافعي بالسنة مصدراً مكملاً للقرآن في التعرف على الإرادة الإلهية هو أهم إسهام قدمه هذا الفقيه للتشريع الإسلامي. وقد دلت آراؤه على أنها غير قابلة للرفض؛ فما إن حظيت بالقبول حتى أصبح من غير الممكن رد الأحاديث بناء على النقد الموضوعي لمضمونها، وغدا الاحتجاج بها لازماً إلا إذا كان من الممكن إنكار صحة الرواية.

ولهذا السبب تمثل السنة ـ باعتبارها مسلك محمد [ﷺ] الموحى إليه من الله ـ المصدر الثاني للفقه في منهج الشافعي. وكانت تنصرف أساساً في المدارس

= العمل بها. وهذا المعيار لا ينفرد به مالك، بل عمل به الصحابة واعتمده الفقهاء قبل مالك وبعده. فالمعروف أن السنة تصح نسبتها بشروط في الراوي والمتن، ومن الشروط الأساسية في المتن ألا يتعارض مع القرآن أو سنة أقوى.

وبصرف النظر عما هو مقرر من ذلك فإن الفقهاءكانوا ملزمين منذ أول الأمر باتباع سنة النبي ﷺ لسبب منطقي بحت يتمثل في أن مقصدهم الأساسي ووظيفتهم هي الكشف عن الحكم الشرعي. فكيف يسوغ مع تحديد وظيفتهم على هذا النحو الذي لا اختلاف فيه أن يرى أحدهم لنفسه الحرية في رفض أحكام النبي ﷺ. إنه في هذه الحالة سيكون قد خرج عن مقتضى وظيفته.

وأكثر من هذا لم يكن احتذاءالسنة واتباعها فكرة وصل إليها النظر الإسلامي بعد فترة، بل كانت أصلاً اعتمده الفكر الفقهي منذ بداية وجوده. فقد كان أبو بكر الصديق الخليفة الأول وعمر بن الخطاب يجمعان الصحابة لسؤالهم عما لديهم من سنن في الموضوعات والمشكلات التي تواجه الدولة والأفراد. وكان بعض فقهاء القرن الأول الهجري يبالغون في اتباع السنة ويذمون الرأي. وقد وجد هذا الاتجاه في الكوفة كما وجد في المدينة. ففي الكوفة كان الشعبي صاحب آثار وكان إبراهيم النخعي ـ معاصره وزعيم مدرسة الكوفة في أواخر القرن الأول الهجري ـ صاحب قياس. وكان هذا الأخير يقول: ما كل ما نقول به سمعناه ولكنا نسمع الشيء فنقيس عليه مائة شيء. وكان هذا هو الحال في المدينة. فسعيد بن المسيب كان جريئاً في الفتوى. وكان ربيعة كذلك حتى أطلق عليه ربيعة الرأي.

وكل هذا يدل على أن الاتجاه العام لفقهاء الصحابة والتابعين وتابعيهم هو الالتزام بالسنة الصحيحة. والناظر في كتاب الحجج المبينة لمحمد بن الحسن الشيباني يقطع من بدء هذا الفقيه حجاجه لخصومه في الرأي الفقهي بذكر السنن والآثار أن الأصل الذي اعتضد به الفقه هو الاعتماد على السنة الصحيحة المروية عن النبي ﷺ.

(5) اشارة إلى ما ورد في القرآن في مواطن كثيرة: مثلاً آيات (129, 151, 231, 269) من سورة البقرة، وآية 164 من سورة آل عمران، وآية 113 من سورة النساء.

الباكرة ـ كما رأينا ـ إلى المرويات الخاصة بمدرسة معينة. وقد تطلع الشافعي بإحلاله مفهوم السنة النابعة من معين واحد محل المرويات المتداولة في الأمصار المختلفة فيما بينها باختلاف منشئها إلى اقتلاع سبب الخلاف بين المراكز الفقهية وبث الوحدة في النظر التشريعي. وباختصار فإن الشافعي يذهب إلى أن هناك لوناً واحداً من المرويات هو الذي يصح أن يكون إسلامياً أصيلاً. وهو في هذا لم يكن يقدم فكرة جديدة من كل جوانبها؛ فقد كان هناك اتجاه متزايد لدى المدارس الفقهية الباكرة عموماً إلى ادعاء وجود أصل لمروياتها في مسلك النبي [ﷺ]، وذلك برجعها نظرها الفقهي إليه. وقد استغل الشافعي هذا الاتجاه نفسه ليدعمه أصولياً ببيانه كون السنة النبوية وحياً إلهياً، وليقرر فيما يتعلق بالشكل أن سنة النبي [ﷺ] لا تثبت بوجه صحيح ولا تتحقق إلا بحديث مروي عنه. وبذا حقق مذهبه نوعاً دقيقاً من التوفيق بين المواقف المختلفة للمدارس الباكرة والجماعات المعارضة.

ورغم أن الشافعي يعتبر السنة هي المصدر الثاني فإنها تأخذ الأهمية الأولى واقعاً؛ إذ إن القرآن نفسه يفسر في ضوئها؛ ولما كانت مبينة للقرآن فقد كان طبيعياً أن تكون لها الحجية البالغة. ويتضح تصميم الشافعي على تأكيد هذا الدور للسنة ورفضه الكامل لكل رأي ينال منها في معالجته لموضوع التناقض الظاهري بين النصوص الشرعية.

كانت النسبة الملفقة للأحكام الفقهية إلى النبي [ﷺ] إلى زمن الشافعي قد أوجدت تعارضاً جديراً بالنظر بين نصوص أحاديث[6] بعينها ولما كان الشافعي

(6) لم يكن وضع الأحاديث السبب في وجود التعارض بين النصوص. ورجع التعارض لمجرد الوضع في سياق عام يخلو من الدليل إلقاء للكلام على عواهنه. والتعارض في تحليل الشافعي مرده إلى أساليب التعبير أحياناً، يقول: «ورسول الله عربي اللسان والدار، فقد يقول القول عاماً يريد به العام، وعاماً يريد به الخاص».

كذلك يرجع التعارض عند الشافعي إلى أسباب أخرى تتصل بالرواية، حيث قد «يؤدي... المخبر عنه الخبر مقتصًّى والخبر مختصراً... فيأتي ببعض معناه دون بعض ويحدث عنه الرجل الحديث قد أدرك جوابه أو لم يدرك المسألة فيدله على حقيقة الجواب بمعرفته السبب الذي يخرج عليه الجواب» (الرسالة ص 213).

وقد يرجع التعارض إلى فهم المتلقي فقد «يسن النبي ﷺ في الشيء سنة وفيما يخالفه أخرى فلا يخلص بعض السامعين بين اختلاف الحالين اللتين سن فيهما». (الرسالة ص 214).

والخلاصة أن ما وجد فيه الاختلاف في سنة رسول الله ﷺ في تحليل الشافعي: «فلا يعدو أن يكون لم يحفظ متقصًّى كما وصفت قبل هذا فيعد مختلفاً ويغيب عنا من سبب تبينه ما علمنا في =

مشغولاً من حيث المبدأ بتحقيق وحدة التفكير الفقهي فإنه وجه كثيراً من جهوده لدفع ذلك التعارض. وكان الأساس الأول لهذه المعالجة عنده هو محاولة التوفيق بين نصوص الأحاديث المتعارضة باعتبار أحد المتعارضين مثلاً تخصيصاً للحكم العام الوارد في الحديث الآخر. فإن لم يتيسر هذا فبترجيح أحد الحديثين على الآخر بقوة إسناده. فإن تساويا تماماً لجأ الشافعي أخيراً إلى افتراض نسخ الحديث المتقدم بالمتأخر.

وفيما يتصل بتطبيقه لذلك المنهج على التعارض بين القرآن والسنة فإنه يرى أن القرآن لا ينسخ إلا بالقرآن وأن السنة إنما تنسخ بالسنة؛ فلا تنسخ السنة القرآن، لأن وظيفتها تفسيره لا معارضته. كما لا ينسخ القرآن السنة؛ فإن الاحتمال الآخر من شأنه أن يؤدي إلى إبطال دور السنة في تفسيره. ويستدل الشافعي لذلك بأن القرآن لو عارض سنة سابقة عليه لجاءت عن النبي [ﷺ] سنة أخرى تتفق مع الوحي اللاحق.

وتقدم مسألة من مسائل الوصايا التي مثل بها الشافعي في هذا الصدد نوعاً من التوضيح للعلاقة بين المصدرين التوأمين المتضمنين للوحي الإلهي. وهذه المسألة تتجاذبها ثلاثة نصوص: أولها الآية القرآنية التي تأمر بالإيصاء للأقربين. وثانيها الآيات القرآنية التي تحدد فرائض الوارثين من الأقارب. وثالثها الحديث الذي يقرر فيه النبي [ﷺ] أن «لا وصية لوارث»[7]. ولا يمكن حل الخلاف الواضح بين آية الوصية والحديث بافتراض نسخ أحدهما للآخر مباشرة؛ فالحديث إنما يشرح آيات الفرائض بتقرير أن التوازن الذي أثبتته هذه الآيات بين حقوق القرابات المختلفة يجب ألا

= غيره، أو وهماً من محدث. ولم نجد عنه شيئاً مختلفاً فكشفناه إلا وجدنا له وجهاً يحتمل به ألا يكون مختلفاً وأن يكون داخلاً في الوجوه التي وصفت لك» (الرسالة ص 216).

وقد كان فهم الشافعي لأسباب التعارض على هذا النحو هو الذي قاده إلى توضيح الحلول التي ذكرها المؤلف فيما يلي ذلك بإيجاز شديد.

وما قصدت أن أبينه بهذا التعليق أن التعارض والترجيح بين النصوص من المباحث الدقيقة في علم الأصول، وأن الوعي بقواعدهما والقدرة على تطبيق هذه القواعد من أهم ما يميز أصحاب الملكات الفقهية المشهورين في تاريخ الفقه الإسلامي. فلا يجدي في فهم التعارض والترجيح إشارة المؤلف العابرة هنا في سبب التعارض إلى السنة. ارجع مثلاً لإرشاد الفحول للشوكاني ص 273 وما بعدها، والموافقات للشاطبي 294/4 وما بعدها.

(7) رواه الدارمي وأبو داود وأحمد في المسند وابن ماجه والبيهقي. وقد ذكر الشيخ أحمد محمد شاكر في تحقيقه للرسالة ملاحظات طيبة تتصل بطرق رواية هذا الحديث وحكم المحدثين عليه بالصحة. الرسالة للشافعي هامش ص 140 وما بعدها.

يضطرب بوصية تزيد نصيب أي منهم، وإن كان يكشف كذلك عن نسخ آية الوصية بآيات الفرائض، أو عن نسخها في الأقل بالنظر إلى هؤلاء الأقارب الذين ينالون بالفعل نصيباً معيناً من الميراث.

وتجسد قاعدة عدم نسخ السنة بالقرآن حقيقة موقف الشافعي، إذ يعني قبول نسخها به اعترافاً ـ على نحو قد يكون أكثر صراحة ـ بمبدأ من مبادىء المدارس الباكرة المتمثل في إمكان عدم قبول أحاديث النبي [ﷺ] إذا خالفت روح القرآن، وهو ما هدف الشافعي إلى تقويضه.

وثالث مصادر الفقه عند الشافعي هو الإجماع. وهنا كذلك يلتقط الشافعي المفهوم السائد ليعطيه مضموناً جديداً يقصد تحقيق الوحدة للنظر الفقهي. فيرى ـ بعد أن رفض أية حجية في اتفاق فقهاء مصر من الأمصار ـ أن الإجماع لا ينعقد صحيحاً إلا في حالة واحدة فقط تتمثل في اتفاق أمة المسلمين كافة سواء الفقهاء والعوام(8) على حكم من الأحكام. ومن الواضح أن الشافعي لا يرى مثل هذا الإجماع مصدراً فقهياً ذا أهمية في الاستنباط الفقهي؛ فمجاله منحصر واقعاً فيما لا بد لكل مسلم من معرفته، كأداء الصلوات اليومية. وعلى حين يقرر الشافعي نظرياً أن أمة المسلمين لا يمكن اتفاقها أبداً على أمر يعارض القرآن أو السنة فإنه يعترف كذلك بتوقف انعقاد مثل هذا الإجماع عملياً بعد انتشار الإسلام خارج حدود المدينة. ويبدو رأيه في مسألة الإجماع سلبياً إلى حد كبير، كأنما كان القصد من صياغته على هذا النحو هو رفض حجية الإجماع الخاص بمصر من الأمصار ورفع الخلاف الفقهي الناتج عنه.

والمصدر الرابع والأخير عند الشافعي هو «القياس». وكان استخدام العقل الإنساني بمعناه الواسع قد اصطلح على تسميته بالاجتهاد. ويشمل هذا الأخير كثيراً

(8) يستنتج المؤلف دخول العوام في أهل الإجماع من الأمثلة المحدودة التي ذكرها الشافعي. والحق أن عبارة الشافعي فيما يمكن أن تفهمه لا تفيد اعتبار العوام من أهل الإجماع. يقول الشافعي. «لست أقول ولا أحد من أهل العلم هذا مجتمع عليه إلا لما لا تلقى عالماً أبداً إلا قاله لك وحكاه عمن قبله كالظهر أربع وكتحريم الخمر وما أشبه هذا. وقد أجده يقول المجمع عليه وأجد من المدينة من أهل العلم كثيراً يقولون بخلافه، وأجد عامة أهل البلدان على خلافه» [الرسالة ص 535] فتعبيره (عالماً) ولأهل العلم يوحي بانحصار أهل الإجماع عنده في مجتهدي العلماء. ويتفق ذلك مع جوانب كثيرة في أصوله؛ فقد صرح بحرمة النظر الفقهي على من لم يستجمع آلته. كما أن هذا هو ما فهمه عنه تلاميذه وأتباعه في تحديدهم لأهل الإجماع في أصول المذهب الشافعي. ولم يعتبر الغزالي الإجماع ممكناً بالنسبة للعوام إلا في المسائل التي تتفق مع قدرتهم على التفكير.

من جوانب العمل العقلي ابتداء من تفسير النصوص إلى النظر في حجية الأحاديث، ومن ثم فإنه أعم من القياس لكونه المنهج الذي تتسع به أحكام القرآن والسنة والإجماع لتشمل المشكلات التي لم تتناولها هذه المصادر صراحة. فدور الاجتهاد بهذا إنما هو ثانوي وتابع لأحكام الوحي الإلهي؛ ويجب أن يعتمد القياس على أصل في القرآن أو السنة أو الإجماع، فلا يمكن الوصول به إلى حكم معارض لما ثبت بواحد من هذه المصادر الثلاثة المتقدمة عليه.

على أن الفقهاء السابقين على الشافعي قد عرفوا القياس على نحو جيد، ولكنهم استخدموا إلى جانبه أشكالاً من النظر العقلي أقل انضباطاً، عرفت أول الأمر «بالرأي» ثم «بالاستحسان» في الاصطلاح الأكثر تقدماً. وقد أدى هذا بالضرورة إلى كثير من الخلاف في النظر الفقهي. وبإبطال الشافعي أشكال النظر غير المنضبطة هذه، وبإصراره على مشروعية القياس دون غيره، فإنه كان يتابع سيره نحو هدفه المنشود وهو تحقيق وحدة الفقه. وقد أستمر ظهور الخلاف في الرأي الفقهي وإن قل عما كان عليه بطبيعة الحال. ويعترف الشافعي نفسه بذلك في تلخيصه الموجز لنظريته القانونية وللهدف الذي استلهمه حيث يقول: «ما كان لله فيه نص حكم أو لرسوله سنة أو للمسلمين فيه إجماع لم يسع أحداً علم من هذا واحداً أن يخالفه، وما لم يكن فيه من هذا واحد كان لأهل العلم الاجتهاد فيه بطلب الشبه بأحد هذه الوجوه الثلاثة. . . فإن ورد أمر مشتبه يحتمل حكمين مختلفين فاجتهد بأحد هذه الوجوه الثلاثة. . . فإن ورد أمر مشتبه يحتمل حكمين مختلفين فاجتهد فخالف اجتهاده اجتهاد غيره وسعه أن يقول بشيء وغيره بخلافه، وهذا قليل إذا نظر فيه»[9].

لقد اعترف تاريخ الفكر الفقهي على نحو كاف بدور الشافعي وأبوته لعلم أصول التشريع الإسلامي، وقورنت مكانته في هذا العلم بمكانة أرسطو في الفلسفة. غير أن عبقرية الشافعي لا تكمن في تقديم مفاهيم جديدة تماماً، كما حاولنا إيضاحه فيما سبق، بل في إعطاء الأفكار القائمة ألقاً جديداً بإبرازها وإقامة ضرب من التوازن بينها وصهرها جم ' ي إطار منهجي متكامل خاص بأصول الفقه على نحو لم يحدث من قبل. وقد دفعت نظريتُهُ حجيةَ الأحكام إلى أفق أعلى بكثير، سعياً إلى إبطال الاختلاف في النظر التشريعي السائد، وذلك بتحويلها الأسس المحلية والمحدودة لفقه المدارس الباكرة إلى مفاهيم صالحة للتطبيق والإلزام العامَّين لجميع المسلمين.

---

(9) كتاب جماع العلم للشافعي. . نشر ضمن كتابه الأم 261/7.

ويمثل البناء المنهجي للشافعي أيضاً نوعاً من التوفيق بين دور الوحي الإلهي والعقل الإنساني في التشريع، ومن ثم فقد بذل جهده لحل الخلاف الأساسي ذي الطابع الأصولي بين أهل الحديث وأهل الرأي في المدارس الباكرة. فكانت نظريته الأصولية هي التعبير المنطقي المقبول عن المطالب الذاتية للتشريع الإسلامي. ولهذا السبب وبما أتاحه الشافعي من عرض ممتاز بقدرته غير العادية في الدأب والتركيز على الهدف فقد تأكد لها النجاح. على أن الفكر الأصولي بعد ذلك قد طور بدرجة ملحوظة ـ كما سنرى ـ آراء الشافعي وخاصة في إعادة ترتيب العلاقة بين الأجزاء المؤلفة لنظريته، وإن لم ينازع أحد بعده في صحة مبادئها الأساسية المتمثلة في أن أحكام الشرع مبينة على وجه من الدقة يفوق ما كان قد تكشف للناس قبل ذلك وأن البيان الأسمى لحكم الشرع إنما هو في سنة النبي [ﷺ] وعمله، وأن دور العقل الانساني في التشريع ووظيفته ثانوية وتكميلية. لقد التقت في عمل الشافعي روافد متنوعة من النشاط الفقهي الباكر، وما إن تهيأ لهذه الروافد أن تتآلف بفضل جهوده حتى تدفقت في سلاسة إلى الإمام على امتداد هذا المجرى الذي بناه[10] .

---

(10) خصص المؤلف هذا الفصل لبيان جهود الشافعي الأصولية وأهم ما يميزها. ورأي المؤلف أن الشافعي قد أضاف إلى النظر الفقهي في الفروع إضافات هامة. غير أن أخطر إضافاته إنما تتمثل في وضعه علم أصول الفقه، وحصره أدلة الأحكام الشرعية في أربعةأصول:

أولها: كتاب الله عز وجل وهنا.يرى المؤلف أن الفقهاء قبل الشافعي لم ينازعوا في وجوب الالتزام بأحكام القرآن. غير أن الشافعي قد أضاف إلى هذا الموقف إضافة هامة تمثلت في أن القرآن قد حدد للفقيه ـ كذلك ـ المسلك الذي يجب أن يتبعه في أخذ الأحكام من السنة والإجماع أو تعدية هذه الأحكام لتشمل حالات جديدة بالقياس.

ثانيها: السنة وفي ذلك يعبر كولسون عن اعتقاده ـ متبنياً ما أخذ به أستاذه «شاخت» ـ بأن الشافعي هو الذي رفع الاحتجاج بالسنة إلى مرتبة لم تكن لها عند السابقين عليه. وقد أراد أن يستنتج من مقولة «شاخت» بعض ما قد تفضي إليه ليدعم فكرته، فقرر أن بعض أئمة الفقه مثل مالك لم يكونوا يرون أنفسهم ملزمين باتباع السنة في كل الأحوال. وينبغي أن نشير هنا إلى أن أستاذه نفسه قد عارض هذا الاستنتاج في تعليقه على كتاب كولسون هذا.

والحق كما سبق أن ذكرنا أن مالكاً ما كان يرد السنة إذا ثبتت لديه صحتها، بل كان يرد ثبوت المروي وصحته عن رسول الله ﷺ إذا عارض أصلا أقوى منه. ومع أن الشافعي لا يرى عرض خبر الواحد من السنة إذا صح على الكتاب فإن موقفه لا يختلف كثيراً عن موقف مالك؛ فعند الشافعي أن الخبر إذا كملت شروط صحته لم يتضمن مخالفة للأصل الأول وهو الكتاب. فالخلاف ليس أساسياً على ما ذكر الشاطبي في الموافقات: 19/3 وما بعدها.

ثالثها: الإجماع. وقد بين المؤلف هنا رفض الشافعي للإجماع المحدود ببيئة فقهيةمعينة، وانتقاله =

= به إلى دائرة أوسع تتمثل في اتفاق المسلمين جميعاً. وقد سبقت إشارة ما قد يرد على فهم المؤلف لدخول العوام في أهل الاجماع في تحديده له عند الشافعي. والحق أن المؤلف لم يفهم الفرق بين الإجماع الاصطلاحي الخاص بأصول الفقه والإجماع بمعناه الواسع الشامل. وسيظهر أثر هذا الاضطراب في الفصل التالي عند حديثه عن هذا الأصل.

ورابعها: القياس الذي أراد به الشافعي ضبط الاجتهاد الفقهي واستبعاد أنماطه غير المنضبطة، مثل الاستحسان والمصالح المرسلة. وقد بين المؤلف معرفة الفقهاء الوثيقة بالقياس قبل الشافعي ليقرر أن العمل الأساسي لهذا الإمام هو حصر الاجتهاد في القياس عند محاولة توسعة الحكم الشرعي وتعديته إلى فروع جديدة.

لقد هدف الشافعي - في تقدير المؤلف - إلى تحقيق وحدة النظر الفقهي والبعد به عن الخلاف. وفي هذا الفصل بعض النتائج الجيدة وإن اختلطت بأوهام كثيرة نبهنا عليها في حينها.

الفصل الخامس

توقف مراحل النمو

صارت السنة في القرن الذي تلا وفاة الشافعي [الثالث الهجري] هي الموضوع الأساسي الشاغل للاهتمام، وتحدد التطور التشريعي آنذاك بموقف العلماء من هذا الركن الأساسي في نظرية الشافعي. وقد تنوعت مواقفهم المبدئية - إذا حكم عليها بمعيار من آراء الشافعي نفسه - في هذا الخصوص، فمن القبول الفاتر إلى التأييد الحار. غير أن أحداً لم يرفض مذهبه على نحو سافر، إلا أن يكون المؤرخون للفقه في هذه الفترة لم يحفلوا بتدوين أسماء الرافضين لها ونقلها لمن بعدهم إن كان أحد قد رفضها بالفعل. ويبدو أن الفكر الفقهي بوجه عام قد نجح حوالي سنة 900 م [287 هـ] في صياغة فكر الإمام الشافعي صياغة مقبولة في عمومها.

إن الملمح البارز لهذه الفترة هو نمو علم مستقل للحديث له مدوناته الخاصة به. فقد عكف جمع من العلماء المتخصصين على جمع الحديث وتوثيقه وتصنيفه. ولم يكن هؤلاء المحدِّثون فقهاء بالمعنى الكامل للكلمة بقدر ما كانوا رواة للمادة الفقهية يتحملونها ثم يؤدونها إلى الفقهاء الذين يقع عليهم واجب تقويمها وإكمالها في إطار بناء تشريعي أشمل[1].

(1) ليس هذا صحيحاً على إطلاقه؛ فقدرة المحدثين الفقهية واضحة في ترتيبهم الدقيق للأحاديث والآثار حسب مضامينها وموضوعاتها، كما تتضح هذه المقدرة فيما اختاروا من عناوين لأبواب الحديث التي تشير إلى آرائهم الفقهية على نحو ضمني. ولم يكن غريباً لهذا أن يؤسس أحد أفاضل =

لقد أسفرت الرحلات الكشفية في طلب أحاديث النبي [ﷺ] عن مقدار كبير منها. وكان الفكر الإسلامي على وعي كامل باحتمال التلفيق والوضع فيها. غير أن أحكام النبي [ﷺ] كانت قد اعتبرت آنذاك وحياً إلهياً، ومن ثم لم يعد يصح معارضة متن الحديث نفسه بنقده موضوعياً أكثر مما يصح ذلك بالنسبة لنص القرآن نفسه. فانحصر البحث في سلسلة الرواية للحديث أو الإسناد[2] فحسب، فقامت القواعد

المحدثين ـ أحمد بن حنبل ـ مذهباً ينتسب إليه. والملكة الفقهية للبخاري ومسلم واضحة كل الوضوح. وتضع كتب الطبقات كثيراً من المحدثين في مرتبة المجتهدين.

للاستزادة في ذلك انظر كتاب الأستاذ الدكتور عبد المجيد محمود: الاتجاهات الفقهية للمحدثين.

(2) لم ينحصر البحث في الحديث في الرواة أو الإسناد مطلقاً. فقد جرى البحث في متنه منذ عصر الصحابة. نلتمس ذلك فيما يروي مثلاً عن ردّ عائشة لحديث «إن الميت ليعذب ببكاء أهله عليه» بقوله تعالى: ﴿ألّا تزر وازرة وزر أخرى وأن ليس للانسان إلا ما سعى﴾ [سورة النجم: 39, 38]. وهناك أمثلة أخرى ذكرها الشاطبي في الموافقات 19/3 وما بعدها.

وهناك مظهر آخر لنقد متن الحديث يتمثل في الترجيح بين الأدلة الذي يكاد يكون المحور الأساسي للاجتهاد الفقهي الحقيقي، والذي يشمل فيما يتصل بالسنة كلا من النظر في السند والمتن والمدلول وأمور أخرى خارجية. أما بالنسبة للسند فقد ذكر الشوكاني في الإرشاد [ص 276 وما بعدها] اثنين وأربعين طريقاً للترجيح بهذا الاعتبار. وأما بالنسبة للمتن فقد ذكر الشوكاني في المرجع نفسه [ص 278 ت وما بعدها] ثمانية وعشرين طريقاً للترجيح، فضلاً عما ذكره مما يزيد عن عشرين وجهاً للترجيح باعتبار المدلول والأمور الخارجة. ويتراوح ما يتصل بمضمون الحديث بين النظر في لغته وما احتف به من قرائن وموافقته لأدلة الشرع الأخرى وما إلى ذلك من مرجحات لا تتصل بسند الحديث، بل بمتنه. وهذا الذي ذكره الشوكاني المتوفي بعد الشافعي بعشرة قرون ونصف هو ما تردده كتب الأصول المختلفة، وهو ما يعتمد عليه الفقهاء في حجاجهم ومناظراتهم في كتب الفروع، فمن الغريب إذن أن يقرر المؤلف ما قرره وعلى هذا النحو من الجرأة معتمداً على ما ذكره عن موقف مالك من حديث خيار المجلس.

وثمة أمر آخر، هو أن المحدثين قد تعرضوا للمتن ولم يقفوا عند الإسناد شأنهم في هذا شأن الفقهاء والأصوليين، ويكفي في هذه العجالة الإشارة إلى العلل التي تقدح في الحديث مما يتصل بالمتن، ومنها ما سموه بالشذوذ والاضطراب والإدراج والقلب والتصحيف والغرابة وغير ذلك. انظر مثلاً: قواعد التحديث للقاسمي ص 123 وما بعدها. وهكذا فإن الفقهاء والمحدثين قد تعاونوا على تمييز الأحاديث الصحيحة من الزائفة بالنظر إلى الرواة والمرويات معاً. ويتضح هنا أن المؤلف تجاهل جانباً كبيراً من جهود الفقهاء والمحدثين ليصل إلى هذه النتيجة المبتسرة التي أرادها. وفي عبارة ابن دقيق العيد أنهم «كثيراً ما يحكمون بالوضع باعتبار أمور ترجع إلى المروي وألفاظ الحديث» قواعد التحديث ص 165ـ وقد روي الخطيب عن أحد التابعين قوله: «إن للحديث ضوءاً كضوء النهار يعرف وظلمة كظلمة الليل تنكر». السابق ص 165. ولا شك في أن ما قاله المؤلف هنا بعيد تماماً عما يقتضيه البحث الجاد.

المتشابكة لتقويم حجية الأحاديث على هذا الأساس.

وهكذا تقررت الثقة بالأحاديث شكلاً بالاعتماد على تلك المعايير المعروفة الحاكمة لصحة البينات في المحاكم؛ إذ يجب في الشاهد كي تقبل شهادته أن يتمتع بصفة العدالة، وكان النظر القانوني قد أبدى نوعاً من التزمت البالغ في الحكم باستجماع عناصر هذه الصفة. فعلى سبيل المثال رفض قاض مصري (حوالي سنة 795 م) [177 هـ] قبول شهادة شاهد كان معروفاً قبلاً بعدالته، لأنه طرب فرحاً بغناء جارية. غير أن هذه المقاييس الجافة لا يمكنها أن تحكم دائماً قبول الأحاديث أو رفضها فالمفترض في الشاهد ـ ويتبعه الراوي ـ أنه عدل حتى يثبت العكس، كما أن من الصعب للغاية تطبيق معايير اختبار الشهود على الرواة من أجيال سابقة لتزكيتهم. ويضاف إلى ذلك أن الراوي لا يمكن رميه بالتحيز مثلما يمكن في الشاهد. ولهذه الأسباب فإن قياس الراوي على الشاهد قياس سطحي؛ ومن ثم فإن موازين نقد الحديث التي صاغها العلم الإسلامي لا يمكنها أن تقدم أي اختبار حقيقي لصحة الرواية[3].

وما إن ثبتت الثقة برواة الأحاديث حتى صنفت هذه إلى درجات متنوعة حسب قوة إسنادها. فإذا ما انقطع اتصال الرواة ـ أي حين لا يمكن التقاء حلقتين متتابعتين في سلسلة الرواة تاريخياً ـ فإن هذا الانقطاع ينتقص قطعاً من حجية الحديث وإن كان لا يبطلها بالضرورة. وإذا نحينا جانباً مثل هذه الاعتبارات فإن المعيار البسيط لهذا التصنيف هو عدد المتحملين للرواية في كل جيل. إن ميزان الحجية قد بدأ من «خبر الواحد»، وعلا إلى «الحديث المشهور» ليبلغ أبعد مدى له في «الخبر المتواتر» الذي يكون عدد رواته كبيراً إلى الحد الذي ينتفي معه أي احتمال للوضع أو التواطؤ.

وفي الجزء الأخير من القرن التاسع الميلادي قدم العلم في هذا المجال مصنفات عديدة ادعت أنها قامت بتحرير صحيح الحديث من غيره. وقد نعم اثنان من هذه المصنفات على وجه الخصوص بشهرة فائقة في الفقه الإسلامي على الدوام باعتبارهما

---

(3) مجرد قول لا دليل عليه، وخطؤه هنا مترتب على الخطأ الذي ناقشته في التعليق السابق، كما أن الموازنة بين الرواية والشهادة ليست تامة من كل الوجوه في اعتبار المحدثين لشروط الرواية. والخلاصة أن معاييرهم كانت دقيقة تكشف في جملتها عن صحة الحديث أو زيفه. انظر في ذلك: السنة قبل التدوين للدكتور محمد عجاج الخطيب.

جامعين صحيحين لسنة النبي [ﷺ] ، وهما صحيح البخاري (ت 870 م) [256 هـ] وصحيح مسلم (ت 875 م) [261 هـ].

ولعل هذا الموضع أنسب من غيره لشرح الموقف الذي تبناه هذا الكتاب ـ حسبما يسمح حيز الدراسة ـ في المشكلة الجدلية المتعلقة بصحة صدور الأحاديث[4] عن النبي [ﷺ].

إننا نأخذ بوجهة النظر المتمثلة في أن أبحاث «يوسف شاخت» غير مرفوضة في أسسها[5] العامة، وأن القدر الأعظم من المادة التشريعية المنسوبة إلى النبي [ﷺ] منحولة وناتجة عن نسبة الآراء الفقهية إلى فترة سابقة على ظهورها كما سبق أن أوجزنا. ومع ذلك وكما سبق أن أشرنا فإن القرآن كان قد أثار قضايا اهتم بها المجتمع الإسلامي اهتماماً مباشراً بطبيعة الحال، ولا بد أن النبي [ﷺ] نفسه اضطر لتناولها بحكم سلطته السياسية والتشريعية في المدينة. ولهذا فحينما تصل دراسة «شاخت» منهجياً إلى حد تقدير أن «مدلول أحاديث الأحكام يرجع بنا إلى حوالي سنة 100 هـ ـ 719 م ليس إلا»، وحينما يجحد صحة كل حكم منسوب في الواقع للنبي [ﷺ] فإن فجوة ستنشأ ـ أو تختلق بالأحرى ـ في تصور تطور التشريع الإسلامي في المجتمع المسلم الباكر. ومن منطلق واقعي وبأخذ الظروف التاريخية السائدة آنذاك في الحسبان فإنه يبدو من الصعب التسليم بهذا الفهم المؤدي لمثل هذه الفجوة. وليس هذا اقتراحاً بأن سلسلة رواية (إسناد) هذا الحديث أو ذاك صحيحة، فمن الواضح أن الأمر في الغالبية العظمى من الحالات ليس كذلك، بل هو اقتراح بأن مادة أحاديث كثيرة ـ وبخاصة تلك التي تتناول مشكلات يتكرر ظهورها وتثيرها التشريعات القرآنية ـ قد تعبر حقيقة في أقل تقدير عما يقترب من حكم النبي [ﷺ] الذي حفظه النقل الشفهي العام في أول الأمر. ولئن كانت هذه المقدمة الواقعية مقبولة فإنها ستقدم أساساً معقولاً للنظر التاريخي المتمثل في وجوب قبول كل حكم منسوب للنبي [ﷺ] بصفة مبدئية على الأساس المقترح إلا إذا أمكن تقديم سبب ما يوجب اعتباره منحولاً.

ولعل مناقشة مسألة العبيد الستة مما يساعد على توضيح المشكلة المطروحة. إن تقييد حق التصرف بالوصية بألا يزيد عن ثلث التركة قد ذكرنا فيما سلف أنه حكم للنبي [ﷺ] استدعته الطبيعة الملحة والعملية للمشكلة. ومن ناحية أخرى يرى

---

(4) القضية التي يتناولها المؤلف هي قضية صحة صدور الأحاديث عن النبي ﷺ، فليتنبه لهذا.

(5) أشرت إلى هذه الأسس في هامش سابق.

«شاخت» أن أصل هذا الحكم أموي، ويذكر سببين لاستنتاجه. «أولهما هو أن الأصل الأموي لهذا التقييد معبر عنه في موطأ مالك صراحة، حيث يروى أن رجلاً على فراش موته أعتق ستة عبيد كانوا كل ثروته، فأقرع بينهم أبان بن عثمان وحرر الاثنين الفائزين في القرعة فحسب. وثانيهما أن الحديث بإسناده الكامل المرفوع إنما يعود تاريخه إلى القرن الثاني الهجري، فإن الشافعي يذكر أنه الدليل الوحيد الذي يمكن توجيهه ضد مذهب طاوس في مسألة أخرى من مسائل الوصية. وسواء كان الرأي المنسوب إلى طاوس صحيح النسبة إليه أوْ لا فإن الحديث لا يمكن أن يكون نشأ في عصر طاوس المتوفي تاريخياً سنة 100 هـ ـ 720 م.

ومع احترامنا لهذا الاستدلال فإن الدليلين المذكورين لا يثبتان الأصل الأموي لهذا الحكم على وجه القطع بأية حال. فإنما يسجل خبر مالك الأول حكم وال؛أموي فحسب، دون أن يفيد صراحة أن أبان كان أول من أنشأ هذا الحكم. ويمكن أن يقال أيضاً بأنه لا يفيده ضمناً. كما أن الموطأ في أساسه مؤلف يتضمن فقه المدينة السائد في عصره، ولا يهتم على نحو مبدئي بإثبات الأصل التشريعي لهذا الفقه. فهذا التقرير اليسير المتكرر في مظان متفرقة من الموطأ بأن حكماً ما موضع الاتفاق أو أنه العمل السائد لا يقدم لهذا الحكم مجرد أساس فقهي يصح الاستناد إليه، بل يقدم غالباً أهم أساس فقهي لدى صاحب هذا الكتاب.

وقبل تقويم جوانب الدليل الثاني لشاخت فإن من الضروري أن نتأمل ـ على نحو أكثر تفصيلاً ـ السياق الذي ورد فيه هذا الحديث في رسالة الشافعي. ولقد كان اهتمامه ثمت بمشكلة عامة تتمثل في حل التعارض بين نصين قرآنيين بافتراض أن أحدهما ينسخ الآخر. وقد يكون افتراض النسخ مبيناً بالقرآن نفسه وإلا فبالسنة. والبيان بالسنة هو الواقع في مسألة الميراث؛ إذ يرى الشافعي أن نسخ الأمر بالإيصاء للأقربين بنظام الفرائض المحددة لهم مبين بقول النبي [ﷺ]: «لا وصية لوارث». ويضيف الشافعي إلى ذلك أنه بالرغم من كون وجوب الإيصاء للأقربين الذين ينالون في الواقع نصيباً من الميراث قد انتسخ فإنه لا يزال قائماً بالنسبة للأقارب غير الوارثين.

وهنا جاء اسم طاوس على أنه ممن يقول بهذا الرأي الأخير، بل إنه ذهب أبعد من هذا ليستنتج أن الوصية لغير هؤلاء الأقارب لا تجوز. وقد رفض الشافعي هذا الاستنتاج الأخير محتجاً بالحديث المتعلق بالعبيد الستة؛ إذ يتضمن أن هبة هؤلاء العبيد حريتهم في مرض الموت كانت تعتبر وصية لا يمكن أن يكون المنتفعون بها وهم العبيد أقارب لسيدهم.

ومن ثم فالاستدلال الثاني لشاخت بأن الحديث لم يكن نشأ في عصر طاوس - إذ لم يكن يستطيع القول بهذا الرأي لو كان قد نشأ - إنما يكون صحيحاً إذا فرضنا:

1 - أن طاوساً كان على علم بوجود الحديث.

2 - وأنه فسره على النحو نفسه الذي فسره به الشافعي.

3 - وأنه اعتبر نفسه ملزماً به. وكل فرض من هذه الفروض عرضة لاعتراض جاد.

إن احتمال عدم معرفة طاوس بحديث موجود في عصر انتقلت فيه السنة بالمشافهة وكانت فيه الصلة بين العلماء غير وثيقة لا ينال من كفاءته العلمية أو دأبه. ثم إنه قد يكون على علم بالحديث غير أنه لم يوفق إلى أن يستنتج منه ذات النتيجة التي وصل إليها الشافعي؛ إذ إن طاوساً فيما ذكر الشافعي كان يعالج مشكلة المستحقين للوصية لا مقدار مستحقاتهم. كما أن إضافة طاقة الشافعي على التفكير المنهجي بذاتها إلى طاوس وضعٌ له في مركز متفوق على عصره بحوالي مائة عام. والواقع أن الحديث في ظاهره يتناول هبات مرض الموت لا الوصايا، ولا يظهر لكل أحد بإطلاق أن هذين التصرفين يجب أن يأخذا حكماً فقهياً واحداً. وقد وجد الشافعي نفسه - كما لوحظ فيما سلف - أن من الضروري إثبات الشبه بينهما في بداية معالجته لهذه القضية. ومع ذلك فقد يعترض بأن من التحكم افتراض أن مضامين الحديث لم تكن واضحة لطاوس ومعاصريه. وفي هذه الحالة لن يكون من قبيل الخيال اقتراح أن طاوساً - حتى لو كان مضمون الحديث واضحاً له - لم يعتبر حديث النبي [ﷺ] مناقضاً لرأيه، إما لأن هبة الحرية إلى العبيد - بحكم أنهم يعيشون في كنف الأسرة - لا تقع في طبقة الوصية للأجانب تماماً، وإما لأن تحريم الوصية للأجانب إنما يقع في الحقيقة حينما يخلف الميت أقارب لاحق لهم في الميراث. وليس هناك بيان بأن هذا هو الحال في مسألة العبيد الستة. وأخيراً فإن طاوساً لو علم بالحديث حقيقة ووافق تفسيره تفسير الشافعي تماماً فإنه قد لا يرى نفسه ملزماً به ضرورة، إذ إنه عاش في عصر لم ينظر فيه - كما سبق أن بينا - إلى حجية النبي [ﷺ] في بيان القرآن باعتبارها قاضية على غيرها ومنحصرة فيه بإطلاق(6).

ومع افتراض أن واحداً من هذه الاحتمالات السابقة (التي قدرها الشافعي نفسه بالضرورة) قد يرد إلى حد كبير فإن الدليل الثاني لشاخت في حد ذاته غير مقنع. ومع ذلك ففي هذا المثال بخصوصه تبقى الحقيقة أن مسألة العبيد الستة ظهرت لنا

---

(6) أشرت من قبل إلى أن فقهاء الصحابة والتابعين قد التزموا بحجية السنة.

أول ما ظهرت في الموطأ[7] حكماً لأبان، ثم نشأت بعد ذلك ببضع سنين وثيقة بالحكم نفسه مضافة إلى النبي [ﷺ]. ويناسب عدم احتمال وقوع قضيتين متماثلتين على هذا النحو تاريخياً أن واحدة من القصتين زائفة. وسوف يكون من الموافق للاتجاهات العامة في التطور التشريعي لهذه الفترة أن نستنتج استنتاجاً آخر هو أن هذا الحكم الخاص بأبان قد رجع به إلى الماضي، ونسب زيفاً إلى النبي [ﷺ][8].

غير أننا لو مضينا إلى هذا الحد فإن ذلك لن يستتبعه ضرورة أن قاعدة الثلث نفسها ذات أصل أموي. وهذا بالتحديد هو النقطة الأساسية.

لقد كان هناك حديث آخر مشهور يبين أن سعد بن أبي وقاص استفتى النبي [ﷺ] في مقدار ما يصح له أن يوصى به من ماله في أوجه البر، ولم تكن له إلا بنت واحدة فوضع النبي [ﷺ] للوصية حد الثلث. ولا يتعرض هذا الحديث للطعون ذاتها الواردة في قضية العبيد الستة. وسوف يكون غريباً في أقل تقدير أن هذا الحديث منحول كذلك لمجرد وجود أحاديث أخرى كثيرة منحولة على النبي [ﷺ]. إننا لا نستطيع قطعاً أن نعرف على نحو إيجابي ما إذا كان طاوس عالماً بهذا الحديث أوْ لا، غير

---

(7) ورد هذا الحكم في تنوير الحوالك شرح موطأ مالك 230/2.

(8) الحديث مروي بإسناده عن عمران بن حصين أن رجلاً من الأنصار أوصى عند موته فأعتق ستة مماليك ليس له مال غيرهم، أو قال أعتق عند موته ستة مماليك ليس له شيء غيرهم، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال فيه قولاً شديداً، ثم دعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة».

ورواه أحمد في المسند 426/4, 438 وفي مواضع أخر، ورواه مسلم 22/2 وأبو داود 50/4 - 51 والترمذي 255/1 والنسائي 278/1 وابن ماجه 31/2.

فالحديث إذن مروي في أكثر كتب السنة. ومن ثم فما الذي يمنع أن تتكرر القضية ذاتها والحكم نفسه في عصر النبي ﷺ وأيام الحكم الأموي؟ بل إن من الطبيعي جداً أن تتكرر في ظروف مجتمع واحد. أما أن يختار مالك رواية حكم أبان دون حكم النبي ﷺ فإن هذا يتفق مع اتجاهه العام المتحرج في رواية السنة. فالموطأ ليس جامعاً للحديث. ومن ناحية أخرى كان كثير من الفقهاء يتحرجون تحرج صاحب الموطأ فيؤثرون الرواية عن الصحابة والتابعين على غيرها. وهكذا فإن ظهور حكم أبان في الموطأ لا يستلزم ـ لا منطقاً ولا واقعاً ـ عدم وجود حكم للنبي ﷺ في مسألة شبيهة تماماً.

ويقتضي الإنصاف أن أذكر أن أبا حنيفة ـ فيما ينقل الشاطبي ـ رد هذا الخبر، اعتقاداً منه بمخالفته الأصول. وعبارة الشاطبي أن أبا حنيفة «رد خبر القرعة لأنه يخالف الأصول، لأن الأصول قطعية وخبر الواحد ظني، والعتق حل في هؤلاء العبيد، والاجماع منعقد على أن العتق بعد ما نزل في المحل لا يمكن رده، فلذلك رده» الموافقات 23/3, 24.

أن وجهة نظره في المستحقين للوصايا كما نقلها الشافعي إنما يتيسر إدراكها إذا افترضنا أنه لا بد أن يكون قد اعترف بحد ما للتصرف بالوصية، وأنه لم يستطع أن يتجاهل السؤال عن حدها المتعين. وعلى أي وضع فمن الواضح تماماً أن الشافعي علم بحكم الثلث وقبله من أصل آخر غير قضية العبيد الستة؛ فإنه بعد ذكره لهذه القضية بدأ حجاجه المخالف لرأي طاوس على النحو التالي: «فكانت دلالة السنة [في حديث عمران بن حصين] كما بينه بأن رسول الله أنزل عتقهم [أي العبدين] في المرض: «وصية»[9]، فمن أين أخذ الشافعي هذا البيان إلا من حديث آخر يتضمن التحديد بالثلث؟

ومن هذا الدليل المتاح فإن التطور اللاحق يمكن أن يقدر على نحو معقول. ففي التقنين لمشكلة أثارتها الأحكام القرآنية نفسها حدَّ رسول الله [ﷺ] حدّاً هو الثلث. وفيما بعد أخضع الفكر الفقهي الهبات التي جرت في مرض الموت لهذا التحديد ذاته. ثم نسب حكم خاص بهذا المعنى على نحو زائف إلى النبي [ﷺ][10]!.

ويجب أن يكون من المؤكد أن مثالاً واحداً كهذا لا يمكن أن ينال من الصحة الأساسية لبحث شاخت. غير أن منازعته في النتائج التي انتهى إليها في هذه القضية تثير التساؤل حول ـ مدى هذه الصحة. ومتى ثبتت الطبيعة الانتحالية للغالبية الكبيرة من الأحكام المنسوبة للنبي [ﷺ] فإنه سيكون مبدأ مقبولاً ومسلماً به تماماً أنه لا يمكن الأخذ بالمضمون الكامل لكل حديث بحسب ما تفيده ظاهر عبارته. غير أنه لا يمكن الانتقال من هذا على نحو موضوعي إلى القول بأن كل الأحاديث ينبغي أن تعتبر منحولة حتى تثبت صحتها بطريق إيجابي. وإذا سلمنا يقيناً بأساليب طرح الرأي الفقهي على الماضي وانتحال إسناد له فسيبدو أن المعيار الهام للغاية إنما يتمثل في النظر إلى الموضوع الأساسي للأثر. فحين يعبر الحكم التشريعي المصرح به في أثر ما عن مرحلة متقدمة في تطور النظر الفقهي، أو حين يتعلق بمشكلات لا يمكن أن تكون بالتأكيد قد واجهت المجتمع الإسلامي حتى وفاة رسول الله [ﷺ] فإن افتراض زيفه غالب. لكنه حينما يتناسب طبيعياً على العكس من ذلك مع ظروف مجتمع النبي [ﷺ] في المدينة فحينئذ يجب قبوله مبدئياً باعتباره صحيح النسبة، ما لم يظهر سبب يقضي بغير ذلك. ومرة أخرى فإن هذا الاقتراح لا يتعلق إلا من وجه ضئيل بقضية صحة

---

(9) الرسالة للشافعي ص 144 تحقيق شاكر.

(10) نوقشت هذه الشبهة في التعليق السابق قبل قليل.

الإسناد، فإنه قد يكون مزيفاً إلى حد كبير، بل إنه لكذلك في الواقع عادة[11]. وينطبق هذا أيضاً على السياقات المفصلة المحيطة بالحكم، فقد تكون مزيفة أو غير دقيقة، وليست سوى تحسينات لإشباع مقتضيات الشكلية التي كانت لها هذه الأهمية في ذلك الوقت[12]:

ومهما يكن الأمر فقد قبل التشريع الإسلامي مجموع الأحاديث التي أنتجتها أنشطة المحدثين في القرن التاسع الميلادي [الثالث الهجري] باعتبارها صحيحة. ونعود إلى ما كان لها من أثر على التطور التشريعي.

---

(11) هنا يعود المؤلف إلى طريقته في إلقاء الكلام على عواهنه، ليتهم المحدثين بتزييف ما ألحقوه بالسنة من إسناد. وأذكر القارىء بقول المؤلف قبل قليل إن المحدثين ركزوا جهودهم على النظر في الإسناد دون أن يحفلوا بنقد المتن، الأمر الذي ناقشناه فيه قبل قليل، وهو يعود هنا إلى إلقاء شبهة أخرى تتعارض مع شبهته السابقة. ومن مجموع كلامه يبدو أن المحدثين كانوا يصنعون إسناداً مزيفاً يقومون بنقده بعد مدة ليتعرفوا إن كانت الأسماء التي أضافوها تتصف بالعدالة والضبط.
إن المؤلف مضطرب على نحو واضح؛ فإنه لما رأى أن تشكك «شاخت» في السنة لا يستقيم مع ضرورة وجود أساس للتطور الفقهي في القرن الأول الذي كان عماد هذا التطور في القرون التالية ـ اضطر لرفض رأي أستاذه. غير أنه عاد بعد ذلك ليردد ما قاله هذا الأستاذ فيما يتصل بالإسناد. وقد كان عليه ليتسق مع نفسه أن يصل إلى نتيجة مختلفة تماماً. فإن قوله بوجوب الاعتقاد بصحة الحديث مبدئياً إلا إذا ظهر عليه غير ذلك يقتضي أن هذا الحديث قد انتقل شفاهة ـ قبل التدوين ـ من راو إلى آخر، ومن المنطقي أن يعرف المتحمل اسم من تحمل عنه، وأن يحرص على ذكره مع ما يرويه عنه. ولم تكن المهمة صعبة؛ فكثير من الرواة يروون عن أساتذتهم أو أقاربهم أو من يعرفونهم، ولو كان الأمر على ما يتوهم المؤلف من تعمد التزييف للإسناد لما حظي بهذه الأهمية التي نالها عند المحدثين، ولما تعبوا كل هذا التعب في نقد الرواة، والتأليف في أحوالهم من الجرح والتعديل. .
وهكذا فإن على المؤلف أن يختار بين متابعته لأستاذه شاخت أو ينفلت تماماً من أسره، بعد أن رأى قصور آراء هذا الأستاذ عن تقديم صورة واضحة لتطور الفقه الإسلامي في القرن الأول وما بعده.

(12) هذه التفصيلات المحيطة بالحكم في الحديث دليل يقظة الراوي وضبطه، ودليل معرفته بالظروف الحية التي صدر فيها، وهي دليل دقة لا دليل اتهام. فكأن المؤلف يريد أن يجرد الحديث من عنصر قوته الثاني وهو هذه السياقات بعد أن جرب تجريده من عنصر قوته الأول وهو الإسناد. والغريب أن المؤلف يسوق كلامه هكذا عرضاً وبدون أدنى محاولة لإقامة دليل واحد، وكأن الأمر يسير لا يحتاج إلا إلى إلحاقه بما يسميه دواعي الشكلية أو مقتضياتها. فهل هذا هو البحث العلمي؟

لقد أرست نظرية الشافعي نوعاً من التوفيق بين أوامر المشيئة الإلهية واستخدام العقل الإنساني في التشريع. غير أن آماله في أن هذا الاعتدال من شأنه أن يحل الخلافات القائمة ويحقق وحدة الفقه قد ضاعت. ففي الواقع أسفرت ردود الفعل المتنوعة لبحثه في حجية السنة عن قيام ثلاث مدارس فقهية أخرى بالإضافة إلى تلك التي كانت موجودة في عصره.

فهؤلاء الذين استعدوا لقبول معتقده بشروطه المحددة في دور السنة كانوا قلة. ومن قبولهم ذلك تم ميلاد المذهب الشافعي رغم نهي الشافعي نفسه عن اتخاذ آرائه مذهباً. وينزل هذا المذهب منزلاً وسطاً بين هؤلاء الذين كان موقفهم أكثر تحوطاً وهؤلاء الذين وصل انتصارهم الحماسي لها إلى آخر مداه.

ومن هذه الجماعة الأخيرة تألف مذهبان فقهيان جديدان يتمثل أساسهما المشترك في رفض اعتبار العقل الإنساني بأي شكل من أشكاله مصدراً تشريعياً وفي إصرارهما على أن كل حكم تشريعي يمكن أن يجد حجته اللازمة في الوحي الإلهي من القرآن وسنة النبي [ﷺ] أو هديه. أما عن أحمد ابن حنبل (ت 855 م)]241 هـ[ـ الذي نسب إليه أنه لم يأكل البطيخ أبداً لأنه لم يكن لديه سابقة عن النبي [ﷺ] في ذلك ـ فقد جمع في عمله الموسوم بالمسند أكثر من ثمانين ألف حديث[13]، ومن ثم أنشأ مذهبه الفقهي. وأما داود بن خلف (ت 883 م)]270 هـ[فإنه لانزعاجه الشديد من التكلف المتزايد في الرأي الفقهي قد عرض مبدأ أن الفقه يجب أن يعتمد على المعنى الظاهر الجلي لنصوص القرآن والحديث، ولذا صار يعرف أتباعه بأهل المذهب الظاهري. ولقد عاب واحد من أبرز أتباعه المتأخرين هو ابن حزم (ت 1064 م) [456 هـ] استخدام القياس الفقهي، مقرراً أنه ضلال وزيغ بحدة أفضت إلى حرق كتاباته الموسوعية علناً في اشبيلية.

أما المذاهب الفقهية المؤسسة من قبل ـ المالكية في المدينة والأحناف في الكوفة ـ فقد حتم عليهم اهتمامهم بموروثهم المحلي السابق نوعاً من التناول الحذر لعمل الشافعي[14]. ولما كانوا غير راغبين في القيام بمراجعة محصولهم الفقهي السائد في

---

(13) هذا رقم مبالغ فيه تماماً، لا أعرف من أين أتى به المؤلف، وكثير من التقديرات على أن أحمد بن حنبل روى في المسند ثلاثين ألف حديث.

(14) ليس الأمر في الحقيقة على ما يصوره المؤلف، فإن الأحناف والمالكية قد رحبوا بأصول الشافعي، وذلك لأسباب تنبه إليها المؤلف نفسه، وذكرها عرضاً في سياق كلامه. منها أن أصول الشافعي لم =

ضوء ما تقتضيه المتابعة الدقيقة لأصول الشافعي، وكانوا في الوقت نفسه مضطرين إلى الاعتراف أساساً بصحة هذه الأصول فإنهم سلموا بحجية الأحاديث على نحو مختلف قليلاً، ومن ثم وجدوا أن من الممكن أن يوفقوا بين فقههم الثابت ومقتضيات نظرية الشافعي. ولم يثبت أن مواصلة هذا التوفيق قد واجهت صعوبات بالغة؛ فإن الجزء الأكبر من فقه هاتين المدرستين كان قد عبر عنه في[15] شكل أحاديث.

وكان من السمات المشتركة لفقه هذين المذهبين كراهيتها لقبول الطابع الملزم لخبر الواحد إذا خالف الأصول المأخوذ بها عندهما[16]. وقد أمكن تقليل أثر الأحاديث التي من هذا النوع بالتأويل، وإن بدا في بعض الأحيان معتسفاً مبتسراً. فمثلاً لكي يحتفظ الأحناف بحكمهم وهو أن للمرأة البالغة أهلية عقد زواجها فإنهم اضطروا إلى تأويل الحديث القائل: «أيما امرأة زوجت نفسها بدون ولي فنكاحها باطل باطل» على أنه خاص بالإناث الصغار وحدهن. بل إن كلا من هذين المذهبين قد اعترف بأصول ثانوية للتشريع ـ وإن كانت مرتبطة بالأساسية ـ قد يزيد حجيتها على حجية خبر الواحد في نظرهم؛ فالأحناف يرون مشروعية «الاستحسان» ، والمالكية بدورهم يعتمدون

= تكن جديدة من أي وجه، إلا في الترتيب والتركيب. ومما ذكره المؤلف يتضح أن أحكام القرآن والسنة كانت ملزمة للفقهاء، وكان الإجماع والقياس معروفاً لديهم، كما كانوا يعرفون بعض الأصول الأخرى التي رفضها الشافعي. فأي إشكال إذن أن يأخذ الأحناف والمالكية بما أخذوا به من قبل؟ واستمرارهم على العمل بتلك المصادر التي رفضها الشافعي دليل على وضوح منهجهم الأصولي في أذهانهم، وعدم وجود تناقض أساسي بين منهجهم هذا ومنهج الشافعي. ومن هذه الأسباب أن منهج الشافعي كان تعبيراً دقيقاً عن كثير من جوانب مناهج السابقين عليه. فقد تتلمذ هذا الإمام على مالك بن أنس صدر حياته وعلى محمد بن الحسن فقيه العراق فترة بعد ذلك. فليس هناك إذن ما يفرض على الأحناف والمالكية طابع الحذر في قبول آرائه الأصولية المتفقة مع ما كان لديهم في الأساس، وإن تناوله الشافعي بعقله الفذ، ليصل به إلى التحديد الدقيق في النهاية.

(15) ناقشت ذلك من قبل.

(16) عرفنا أنهم ما كانوا يرفضون الحديث إذا ثبتت لديهم صحته. فقد رفض أبو حنيفة ـ على سبيل المثال ـ إعمال القياس متمسكاً بالخبر، في موضوع بطلان الوضوء بالقهقهة في الصلاة. أما ما وجه إليه من الطعن في رده بعض أحاديث الآحاد فلأنه «كان يذهب في ذلك إلى عرضها على ما اجتمع عليه من الأحاديث ومعاني القرآن، فما شذ من ذلك رده وسماه شاذاً» الموافقات 24/3. وكان مالك يأخذ بالحديث متى صح لديه، وكانت معارضة الحديث للمجتمع عليه في المدينة موطن الرسول ومجتمع الصحابة علة قادحة عنده في صحة الحديث ترجح عدم ثبوته عن النبي ﷺ، على ما ظهر فيما سبق.

«إجماع أهل المدينة». وتعبر مثل هذه الأصول عن بقاء سمات المدارس الباكرة المميزة لها ـ من حرية الفكر في الكوفة، والاعتماد على الواقع العرفي في المدينة ـ مما اعتضد به لإنكار الحديث المؤسس للقول بخيار المجلس.

وفي نهاية القرن التاسع الميلادي كان الخلاف الأصولي البالغ الذي سببته نظرية الشافعي قد تبدد، واستقرت مكانة السنة في التشريع الإسلامي، فمن جهة خف الانتصار المغالى للسنة بالاعتراف بأن استخدام التفكير الإنساني المحكوم بالقياس أمر ضروري من الناحية الواقعية في إدراك الأحكام الشرعية. (وقد كان هذا هو الحال في المذهب الحنبلي في أقل تقدير، أما الظاهرية فقد التزموا بمبادئهم الأصلية على نحو متشدد، ومن ثم اندثر مذهبهم فيما بعد). ومن جهة أخرى فإن الأحناف والمالكية بما حققوه من نجاح في توفيق فقههم الثابت [مع مقتضيات نظرية الشافعي] توفيقاً شكلياً قد أصبحوا في هذه الفترة مهيئين تماماً لأن يعترفوا في أصولهم المقررة بحجية السنة[17].

إن هذا التطور الذي ابتدره الشافعي قد حدد المجرى العام لمستقبل التشريع الإسلامي بعده. ومع انتشار المجال التشريعي الذي يحكمه الوحي الإلهي نشأ نوع من الجمود الفقهي المتزايد؛ فقد انحسر المجال أمام الاجتهاد بصفة مطردة، نتيجة المحاولات التي تلحق مختلف الأحكام الجزئية بالوحي اعتماداً على الأحاديث. ومن ثم فإن ينبوع النظر الفقهي الذي طالما زود التشريع الإسلامي في مراحله الباكرة بعناصر الانطلاق والتدفق قد أخذ في النضوب تدريجياً، فتباطأ هذا التيار حتى وصل أخيراً وعلى نحو لا معدى منه إلى منطقة الركود[18].

---

(17) هذا خطأ نبهنا عليه فيما سبق. فحجية السنة ملزمة لجميع الفقهاء منذ عصر الصحابة، ومنذ بدأ التفكير الفقهي. ولا يتصور على الإطلاق ـ كما فهم المؤلف ـ كيف نشأ الفقه الإسلامي بدون كون السنة ملزمة للفقهاء.

(18) يناقش المؤلف في هذا الفصل ما أسماه بتوقف مراحل النمو فيما تلا تقديم الشافعي منهجه الأصولي. وأهم ما يلحظه المؤلف هنا تكثيف علماء الحديث جهودهم، وظهور مدونات الحديث من صحاح ومسانيد، معترفاً بأنهم قد بذلوا جهوداً مضنية في جمع الحديث ومحاولة تمييز صحيحه من زائفه، وعياً منهم باحتمال تطرق الوضع إليه. غير أن المؤلف يرى أنهم لم ينجحوا في تحقيق هدفهم، ويبدو منطقه هنا عصياً على الفهم. وقد بدأ موقفه ضد المحدثين من ارتفاعه بالشافعي في الفصل السابق إلى تنصيبه مؤسساً لمبدأ الإلزام بالسنة في النظر الفقهي. فاستطرد من ذلك إلى أن صنيع الشافعي في اعتبار السنة وحياً ملزماً قد صرف علماء السنة عن نقدها نقداً داخلياً، مكتفين بالنقد الخارجي لسند الحديث. وقد ناقشناه في ذلك. فلم يكن الشافعي أول من رأى وجوب الالتزام بسنة النبي ﷺ. ولم يتوقف علماء الحديث عن النظر في مضمونه ومقارنته بالأدلة =

الشرعية الأخرى. وليس قول المؤلف هنا إلا تبسيطاً لجهود علماء الحديث والفقه، لا يسيء إليهم بقدر ما يسيء إلى قائله.

وسيفاجئنا المؤلف بعد طعنه على علماء الحديث كل هذا الطعن بتصديه لأستاذه «يوسف شاخت» ليفند بعضاً من مزاعمه في رفض السنة واعتبارها منحولة للنبي ﷺ، وينتهي المؤلف من هجومه الدقيق على منهج شاخت وأسلوبه في الاستنباط ليقرر صحة متون الأحاديث من حيث الأساس، وأن الواجب البدء بذلك في كل حديث إلا إذا ظهرت حجة تقضي بوضعه، كأن يكون موضوعه مناسباً لفترة تاريخية متأخرة عن عصر النبي ﷺ. ففي رأيه مثلاً أن حديث (لا وصية لوارث) صحيح بهذا الاعتبار، من حيث إن هذا الحديث ضروري لإعمال أحكام المواريث القرآنية بالتحديدات التي فرضها القرآن للورثة. أما حديث عمران بن حصين المتعلق بتنزيل هبة المريض مرض الموت منزلة الوصية فهذا في رأيه من قبيل النظر الفقهي المتقدم الذي يتناول تفصيلاً فقهياً معيناً تأخرت معالجته إلى فترة تبعد عن عصر النبوة بكثير.

وقد يصح هذا المعيار من حيث الأساس؛ فإن المحدثين قد قرروا أن الحديث إذا تناول وقائع لم تحدث في وقت النبي ﷺ عد ذلك علة قادحة فيه. غير أن تطبيق المؤلف له على هذا النحو ينطوي على قدر كبير من الغلو، كما قد يتضح من التعليق على ما ذكره بشأن حديث عمران بن حصين.

وبعد أن رأى المؤلف وجوب التسليم بصحة الحديث من حيث الأساس إلا إذا ظهرت حجة تقضي بزيفه إذ به يقترح زيف أسانيدها، إنه يكشف هنا عن غرضه الحقيقي الذي لا يختلف فيه عن أستاذه. فإن القول بزيف إسناد السنة يعني هدم ما تحمله هذا الإسناد من متن. ويقود هذا مرة أخرى إلى الموقف ذاته الذي عابه المؤلف على أستاذه. هل هو التأثر بالاستاذ؟ أم ماذا؟

الباب الثاني

الفقه في العصور الوسطى بين النظرية والتطبيق[1]

(1) يقتضي سياق التقسيم الذي اتبعه المؤلف أن يبدأ ما سماه بالعصور الوسطى بعد الفترة التي اعتبرها حداً لنضوج الفقه الإسلامي وتوقف نموه، وأن تنتهي هذه العصور بالدخول في العصر الحديث الذي خصص الباب الثالث من هذا الكتاب لمناقشة أحوال الفقه أثناءه. ومعنى ذلك أن هذه العصور الوسطى تبدأ في تحديده منذ القرن العاشر الميلادي [الرابع الهجري] إلى القرن السادس عشر [العاشر الهجري]. ولا يتفق هذا التحديد مع التحديد الغربي للعصور الوسطى.

الفصل السادس

النظرية الأصولية التقليدية

قدم التشريع الغربي عدداً من الإجابات المختلفة للتساؤل عن طبيعة القانون، تتراوح من القول بأن مصدره يتمثل في أوامر صاحب السلطة السياسية العليا[1] إلى القول بأنه يتمثل في ضمائر رجال السلطة القضائية[2] أو في تلك العوامل الخفية التي تؤثر في تطور المجتمع[2] أو أنه متمثل في ذات طبيعة العالم نفسه[3]. أما بالنسبة للتشريع الإسلامي فهذا التساؤل نفسه إنما يقبل إجابة واحدة، تلك التي يقدمها الاعتقاد الديني، وهي أن القانون حكم الله. فوظيفة التشريع الإسلامي المعترف بها من البداية هي مجرد الكشف عن هذا الحكم. وفي مطلع القرن العاشر الميلادي كانت الخلافات الأصولية التي ثارت في فترة تكوين الفقه حول المجال المحدد للأحكام الإلهية قد انتهت إلى حد كبير. وكان التطور التاريخي الذي وصف في الباب الأول من هذا الكتاب قد انتهى إلى صياغة أساليب هذا الكشف عن حكم الله صياغة مقبولة في عمومها، يصح أن تطلق عليها «النظرية الأصولية التقليدية».

ومن ثم فإن هذه النظرية ليست محاولة فكرية تماثل نظريات التشريع الغربية التي حاولت الإجابة عن السؤال الأساسي الخاص بمصادر القانون. وبالنظر إلى أن القانون في الإسلام ليس إلا منهج أوامر الله وشريعته التي كتبها على عباده فإن التشريع هو علم الفقه أو فهم ذلك القانون واكتشافه. وتتألف النظرية التقليدية لهذا من تحديد الأصول التي يتحقق بها مثل هذا الفهم مع تحليلها. وهذه الأصول الأساسية

(1) نظرية أوستين Austin.
(2) المدرسة الوضعية
(2) تصور المدرسة التاريخية
(3) أنصار فكرة القانون الطبيعي.

الأربعة ـ التي تمثل أوجهاً متمايزة ومتعاونة في الكشف عن حكم الله، والتي تعرف بأصول الفقه ـ قد أقرتها النظرية التقليدية، وهي: كلام الله ذاته في القرآن، ومسلك النبي [ﷺ] أو سنته الموحى بها إلهياً، والقياس، والإجماع. غير أنه بالرغم من أن هذه هي ذات الأصول التي وضعها الشافعي فسوف يرى أن البناء التأليفي للنظرية الأصولية التقليدية مختلف أساساً عن تخطيط الشافعي وتصميمه.

إن إدراك أحكام الشريعة من عمل التفكير الإنساني بطبيعة الحال، سواء اتخذ شكل التعرف على المعنى الظاهر للحكم القرآني وتفسيره فقط أو تمثل في استنباط حكم جديد بالقياس. وتقنن النظرية الأصولية سير هذا الإدراك للتشريع الإلهي بالكامل وما ينتج عنه كذلك. وهذا ما اصطلح على تسميته تسمية ذات مغزى مناسب «بالاجتهاد»، ومعناه الحرفي: بذل المرء أقصى جهده في أمر من الأمور.

فأولاً حددت النظرية التقليدية المجرى الذي يجب أن يتبعه الاجتهاد بأن على المجتهد أن يطلب حل المشكلات التشريعية أول ما يطلب فيما ورد في الكتاب والسنة من أحكام مطبقاً الأساليب المقررة في تفسيرها والجمع بينها، بما في ذلك مبدأ «النسخ». وهكذا تتبنى هذه النظرية مذهب الشافعي في الجمع بين القرآن والسنة باعتبارهما الأصلين اللذين يتضمنان الوحي الإلهي. غير أن المكانة البالغة للسنة قد نالت قدراً أكبر من التأكيد في النظرية التقليدية؛ فإنها قد تنسخ القرآن مثلما تبينه كذلك. أما إذا لم يكن قد ورد حكم للمشكلة المطروحة في القرآن أو السنة[4] فعلى المجتهد إعمال منهج القياس توسيعاً للمبادىء المتضمنة في نصوص الوحي الإلهي كي تشمل حالات جديدة.

ويتمثل الواجب الثاني للنظرية الأصولية في تقويم ثمرات الاجتهاد من حيث الحجية التي تستند إليها في كونها تعبيراً عن إرادة الشارع. ويمكن بقليل من التأمل إدراك الطبيعة الأساسية لجميع جوانب مشكلة حجية القانون في الإسلام. وليس هذا هو حال الأحكام المستمدة من الدلالات المحتملة لنصوص الكتاب والسنة أو النتائج الاجتهادية في عمومها فحسب؛ فإن هناك هذا السؤال الأساسي المتعلق بحجية المصادر المعترف بها للتشريع الإلهي في حد ذاتها؛ فما الذي يضمن في الواقع صحة بناء هذه الخطة الأصولية بأسرها؟ سوف يجد مثل هذا السؤال إجابته في مفهوم الإجماع.

الإجماع في النظرية التقليدية هو اتفاق علماء الفقه المجتهدين في جيل من الأجيال. وقد اعتبر هذا الإجماع في الرأي معصوماً من الخطأ. ومع ذلك فإن من

(4) أو الإجماع، إذ يتأخر عنه القياس.

الطبيعي أن يكون الإجماع من حيث هو أصل فقهي إنما هو المبدأ الأساسي الذي يستمد ثبوته من نفسه. فبرغم أن صحة هذا الأصل قد عبر عنها شكلياً في حديث عن النبي [ﷺ] يخبر فيه أنه: «لا تجتمع أمتي على ضلالة أبداً[5]» فإن الإجماع في ذاته هو الذي يضمن[6] صحة الحديث. والإجماع كذلك هو المصطلح المستخدم للإشارة إلى الاتفاق العام للمسلمين في المعتقدات الدينية الأساسية، مثل الإيمان برسالة محمد [ﷺ] وكون القرآن كلام الله. وبهذا المعنى العام فليس الإجماع معياراً للحجية على أي نحو بالضرورة، بل هو مجرد تعبير جمعي عن الاقتناع الديني المشترك. وسينحصر اهتمامنا هنا بالإجماع باعتباره هذا الأصل التشريعي الاصطلاحي الذي يعمل ضمن الإطار الذي أقامه التصور الإسلامي ليحدد دلالة نصوص الشرع. ومثل هذا الإجماع هو الذي يضمن في التحليل الأخير صحة القرآن ومجموعات الأحاديث ـ باعتبارها تدوينات للوحي الإلهي[7] والقياس، أو هو باختصار يثبت حجية النظرية الأصولية في بنائها العام.

وفي محاولة الكشف عن حكم الله فإن اجتهاد آحاد العلماء إنما يمكن أن يسفر فحسب عن نتائج احتمالية غير قطعية اصطلح عليها بالظن. وقد كان هذا هو الحال بالتحديد حتى حينما يستند الرأي إلى نص ظاهر جلي من القرآن أو السنة، وهو الحال من باب أولى إذا استخدمت مبادىء تفسير النصوص والجمع بينها أو النظر المنطقي في محاولة هذا الكشف. ومع ذلك فإنه حينما تكون هذه النتائج موضوعاً للاتفاق العام بين

---

(5) رواه ابن ماجه في سننه في كتاب الفتن «باب السواد الأعظم» بلفظ: (إن أمتي لا تجتمع على ضلالة، فإذا رأيتم اختلافاً فعليكم بالسواد الأعظم)، وكذلك روى أبو داود حديثاً تضمن معنى عدم اجتماع الأمة على ضلالة بلفظ: (إن الله أجاركم من ثلاث خلال: ألا يدعو عليكم نبيكم فتهلكوا جميعاً، وألا يظهر أهل الباطل على أهل الحق وألا تجتمعوا على ضلالة) باب ذكر الفتن ودلائلها من كتاب الفتن.

(6) الإجماع مستند واحد على حجية السنة إلى جانب المستندات الأخرى على حجيتها. فالقرآن هو الأساس الأول لحجيتها، فقد أخبر الله في كتابه أن نبيه لا ينطق عن الهوى. كما أن في السنة أدلة عديدة على حجيتها.

(7) هنا يضطرب المؤلف بين الإجماع بمعناه الاصطلاحي الأصولي وبين الإجماع بمعناه العام الذي يعبر عن الاتفاق المشترك مع أنه صرح برغبته في التقيد ببحث الإجماع الأصولي. وثمة ملاحظة أخرى وهي أن حجية القرآن لا تستند إلى الإجماع بمعناه العام أو الخاص، بل تستند إلى الإيمان بكونه كلام الله عز وجل المعجز للبشر عن الإتيان بمثله أو بسورة واحدة منه، وإلى أمر القرآن نفسه ـ بعد التسليم بكونه كلام الله ـ بوجوب اتباع ما جاء فيه من أحكام.

الفقهاء فإنها تصير تعبيرات عن حكم الله معصومة من الخطأ ولا تقبل الجدال. وهكذا يضمن الإجماع شمول نتائج الاجتهاد الصحيح المتحقق على نحو يتفق مع الصيغ التي وضعتها النظرية الأصولية. إن إجماع الرأي يؤدي إلى معرفة يقينية بحكم الله، أو هو يؤدي إلى العلم[8]. غير أنه حينما لا يتحقق الإجماع فإن الآراء المتنوعة إنما تعتبر محاولات صحيحة متكافئة لتحديد هذا الحكم.

لقد كانت هذه الوظيفة للإجماع هي التي شكلت نقطة خلاف بالغ بين النظرية الأصولية التقليدية ونظرية الشافعي الذي اعتبره أصلاً تشريعياً مستنداً إلى النص. أما في النظرية التقليدية فالإجماع إنما يعمل باعتباره أصلاً تشريعياً مستقلاً بذاته. فعلى سبيل المثال لم يكن المبدأ الأساسي في التشريع الدستوري، وهو اختيار المتولي لمنصب الخليفة، مستمداً من أي نص في القرآن أو السنة، ولا من قياس على مثل هذا النص، بل من العمل المجمع عليه للمجتمع المسلم الباكر. ومع ذلك فإن الدور البارز للإجماع في النظرية التقليدية هو كونه المعيار النهائي للحجية في التشريع. أما نظرية حجية الشافعي فقد ارتكزت فحسب على مزاياها الذاتية وجاذبيتها المنطقية. إن

---

(8) يلح المؤلف كثيراً على فكرة إفادة الإجماع اليقين، وأنه أصل حجية كل الأصول الأخرى. ويوحي ذلك باتفاق الأصوليين جميعاً في هذا الصدد. ورغبة في وضع الحق موضعه فإنه ليحسن أن ننقل الخلاف في ذلك برغم الموافقة على الأساس اليقيني للإجماع. وبعبارة الشوكاني: «اختلف القائلون بحجية الاجماع هل هو حجة قطعية أو ظنية. فذهب جماعة منهم إلى أنه حجة قطعية، وبه قال الصيرفي وابن برهان، وجزم به من الحنفية الدبوسي وشمس الأئمة. وقال الأصفهاني: إن هذا القول هو المشهور، وأنه يقدم الإجماع على الأدلة كلها، ولا يعارضه دليل أصلاً، ونسبه إلى الأكثرين. قال: بحيث يكفر مخالفه أو يضلل أو يبدع.

«وقال جماعة منهم الرازي والآمدي: أنه لا يفيد إلا الظن.

«وقال جماعة بالتفصيل بين ما اتفق عليه المعتبرون فيكون حجة قطعية وبين ما اختلفوا فيه كالسكوتي وما ندر مخالفه فيكون حجة ظنية».

«وقال البزدوي وجماعة من الحنفية: الإجماع مراتب، فإجماع الصحابة مثل الكتاب والخبر المتواتر، وإجماع من بعدهم بمنزلة المشهور من الأحاديث، والإجماع الذي سبق فيه الخلاف في العصر السابق بمنزلة خبر الواحد.

«واختار بعضهم في الكل أنه يوجب العمل لا العلم».

هذه أربعة مذاهب في حجية الإجماع، اختار الشوكاني منها ـ فيما يبدو ـ المذهب الأخير، وهو أن الإجماع حجية ظنية لا قطعية. إرشاد الفحول ص 87.

وما أردته من ذكر هذا الخلاف هو مجرد التدليل على فساد الأساس الذي أقام عليه المؤلف أكثر النتائج التي رددها في هذا الفصل.

الإجماع في النظرية الأصولية التقليدية هو الذي يحدد بعامة المقياس الضروري النهائي لصحة الاجتهاد، ويحدد بخاصة معيار القبول والحجية الذي أمكن لتلك النظرية التقليدية أن تضيفه إلى أصول الشافعي.

وقد يتضح أسلوب عمل النظرية الأصولية التقليدية من الإشارة على نحو مختصر إلى تطور مبدأ الربا. فالسنة النبوية تشرح التحريم العام للربا الوارد في القرآن بإعلان أنه إذا وقع التبادل في سلع معينة من أصناف بذاتها فسيوجد الربا إذا كان ثمة تفاضل في المقدار أو نسيئة في التسليم. وهذه الأصناف الستة المحددة بالسنة هي الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والزبيب[9]. وعن طريق القياس فإن ما يسمى بحكمي الربا ـ المثلية في المقدار المتبادل والحاليَّة في التسليم ـ قد طبق على مبادلة سلع أخرى رئي أن لها ذات الخصائص الأساسية التي للسلع المنصوص عليها في السنة، على أساس أن العلة المنتجة للحكم الأصلي موجودة في هذه الفروع الجديدة. وأدى اختلاف الرأي في تحديد طبيعة هذه العلة إلى تنوع الرأي في المذاهب المختلفة. ففي الفقه الشافعي والحنبلي يصدق حكما الربا على المبادلة في مواد الطعام كلها، وعلى مواد الطعام القابلة للحفظ والادخار وحدها في المذهب المالكي، على حين يمتد انطباق هذين الحكمين في المذهب الحنفي إلى كل السلع المتماثلة المقدرة بالوزن أو الكيل. ومن ثم يؤكد الإجماع الدائرة التي شملها الاتفاق العام ـ المتمثلة في حكمي الربا نفسيهما، وورودهما في مبادلة جميع مواد الطعام القابلة للادخار[10] ـ من حيث كونها

---

(9) ربما يشير المؤلف إلى الحديث المشهور الذي أخرجه الستة إلا البخاري والذي رواه عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ، وهو قوله: (الذهب بالذهب وافقضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم). وأخرج مسلم أيضاً من حديث أبي سعيد الخدري مثله بزيادة (فمن زاد أو استزاد فقد أربى). وقد أخرج البخاري عن عمر بن الخطاب حديثاً مثله نص فيه على ثلاثة أصناف: الذهب والبر والتمر [صحيح البخاري ـ كتاب البيوع ـ باب بيع التمر بالتمر]. كذلك روى الامام مالك في الموطأ 136/2 - 138 عدة أحاديث تنص على بعض هذه الأصناف الستة. وقد أورد الشوكاني أحاديث الربا في نيل الأوطار: 297/5. ويلاحظ أن حديث عبادة وأبي سعيد لم ينص على الزبيب وذكر الملح بدلاً منه. ولم أر الزبيب إلا في حديث مرسل في غاية الضعف، رواه مالك بن أوس الحدبان، ذكر فيه الزبيب والسمن مضافاً إلى بعض الأصناف الستة. انظر المجموع شرح المهذب للنووي 67/10، طبع مع فتح العزيز.

(10) القياس أن يشير المؤلف الى الصفة الأخرى التي اعتد بها الأحناف وهي التقدير، حتى تتمثل كل آراء هذا المذهب في الإجماع الذي يقرره المؤلف بين المذاهب.

تعبيراً يقينياً عن حكم الشارع. وفيما عدا ذلك فإن الطرد الممكن لحكمي الربا يبقى أمراً ظنياً؛ إذ إن آراء المذاهب المختلفة تتفق في كونها مجرد اجتهادات احتمالية متساوية في التعبير عن الحكم الشرعي.

ولأن الخلافات لم تكن كلها من هذا النوع الذي شمله الإجماع على النحو المذكور؛ إذ إن هناك اختلافات أكثر حدة ـ كأصول الفقه التبعية التي ارتضاها كل من الأحناف والمالكية أدلة يمكن العمل بها إلى جانب الاستناد للسنة والقياس الأصولي[ب] ـ فإن الإجماع عندئذ يمثل بمعنى ما نوعاً من المعارضة لعمل الشافعي، حيث يتسع لتلك التنوعات التي هدف هذا الإمام إلى إبطالها. غير أن هذه الطبيعة السمحة المستوعبة للإجماع إنما هي محدودة في الواقع بإجازة الوضع القائم وقت انعقاده، بحيث يتحول بعدئذ إلى أن يصير أصلاً متمحضاً للمنع والاستبعاد؛ فمتى انعقد الإجماع اعتبر الحكم معصوماً من الخطأ، ومعارضته ضلالاً، ونسخه بإجماع مماثل في جيل لاحق غير ممكن عملياً إلى حد كبير وإن أجيز نظرياً[11]. ولم يجز استئناف النقاش في المسائل الاتفاقية فحسب، بل امتنع كذلك في غيرها مما اتفق الفقهاء على الاختلاف فيها؛ فإنه إذا انعقد الاجماع على رأيين مختلفين كان استحداث رأي ثالث معارضة لهذا الإجماع. وبانتشار الدائرة المقبولة للإجماع بهذا المعنى الواسع فإن مزاولة الاجتهاد المستقل ـ الذي كان يطرد تقييده أثناء فترة تكوين الفقه، بظهور مبادىء معينة كحجية الأحاديث، وبالتنظيم الدقيق لمناهج الرأي ـ قد آلت إلى الاختفاء تماماً. وهكذا قدر للإجماع أن يمكن لعوامل الجمود المتزايد في النظر الفقهي وأن يختم هذا التطور.

لقد أعلن الفقه الإسلامي[12] بوضوح في بدايات القرن العاشر الميلادي [الرابع

---

(11) أجاز بعض الأصوليين نسخ الإجماع بإجماع آخر في عصر لاحق، أما الجمهور فلم يروا جواز أن ينسخ الإجماع بإجماع لاحق. وهذا هو الحق نظرياً. أرجع إلى إرشاد الفحول للشوكاني ص 192 وما بعدها.

(12) يشير المؤلف إلى بعض العبارات التي رددها بعض الفقهاء المسلمين، مثل عبيد الله الكرخي (ت 340 هـ)الذي انتهت إليه رياسة الأحناف بالعراق ودعا إلى تأويل النصوص الشرعية في ضوء أقوال الأئمة. ومن ذلك أيضاً ما ينقله الإمام النووي من انقطاع الاجتهاد المطلق منذ المائة الرابعة. والحق أن هذه الأقوال أو الآراء لا تصح نسبتها إلى الفقه الإسلامي بعامة، بل يجب أن تختص بقائليها، ذلك أن المجتهدين لم ينقطعوا أبداً. وأشير إلى تيار أصحاب الحديث وإلى شخصيات تأخرت عن القرن الرابع كالجويني والغزالي والسبكي وابن تيمية وابن القيم وغيرهم. =

الهجري] أن طاقته الخلاقة قد نفدت آنذاك واستهلكت، وذلك في صورة الرأي المعروف القائل «بإغلاق باب الاجتهاد» حيث حل وجوب التقليد محل الحق في الاجتهاد المستقل. ومن ثم صار كل فقيه مقلداً يعتنق مذهباً أسسه أسلافه وعليه أن يلتزمه. ويفترض بعض الكتاب المحدثين(ج) أن ظهور هذا الرأي إنما يرجع إلى الظروف الخاصة بالغزو المغولي، وأن التراث الشرعي النفيس إنما جُمد ودفن آنذاك بغية حفظه من قبائل جنكيز خان المدمرة. بيد أن تلك الظاهرة قد وقعت تاريخياً قبل هذا الغزو وبحوالي ثلاثة قرون [13]، ولم تكن في الأرجح نتيجة لضغوط خارجية، بل لأسباب داخلية، تمثلت في وصول مصادر الشرع إلى مدى استنفدت فيه بالكامل حين تحددت مضامينها تحديداً نهائياً. وأسفر التبجيل البالغ لأشخاص الفقهاء السابقين عن الاعتقاد بأن عملية تفسير النصوص وتوسيعها قد اكتملت نهائياً على أيدي هؤلاء العلماء ذوي المقدرة الفذة الذين صاغت جهودهم الشريعة [14] في صيغتها النهائية الصحيحة. وكان من الطبيعي أن يتصل هذا الموقف اتصالاً وثيقاً بالأثر السلبي لانتشار الإجماع. وهذا التطور الذي لا يعدو أن يكون نتيجة طبيعية للنظرية التقليدية يقدم تبريراً لحالة الجمود التي وصل إليها الفقه عندما تحقق للفقهاء المتأخرين مطلبهم في التعبير عن الأحكام الفقهية تعبيراً يردها إلى الوحي. وحينما أكد إجماع الرأي [15] في القرن العاشر أن باب الاجتهاد قد أغلق فإن التشريع الإسلامي قد أسلم نفسه إلى النتيجة الحتمية المتمثلة في تقيده بالنصوص الفقهية التي كان قد فرضها على نفسه.

ومن ثم فإن الأنشطة التشريعية المكبلة بمبدأ التقليد قد اقتصرت على التدقيق في

= كما أشير كذلك إلى عدم انقطاع الفقه الإسلامي عن قيامه بوظيفته في المجتمع الإسلامي. فلم يثبت أن مشكلة ظهرت لهذا المجتمع لم يتناولها الفقه. ولقد حدث جمود الفقه حقيقة حينما حلت القوانين الغربية محل الفقه الإسلامي؛ فمنذ ذلك الوقت انقطع الاجتهاد وأصبحت الدراسة الفقهية مجرد عمل نظري لا صلة له بالواقع. وفي هذا الإطار وقع الجمود الفقهي حقيقة.

(13) حدث الغزو المغولي للعالم الإسلامي في القرن السابع الهجري، وكان دخولهم بغداد سنة 656 هـ.

(14) قد يقصد المؤلف كلمة أخرى، وهي الفقه، فالشريعة لا تتقيد بالأحكام العملية التي يتقيد بها الفقه، بل تشمل إلى جانب ذلك ما يتعلق بالعقائد. وهكذا فإن الشريعة فيما استقر عليه الأمر أعم من الفقه وتشمل العقائد والأفعال معاً.

(15) هل أكد إجماع الرأي القول بإغلاق باب الاجتهاد؟ إن أكثر ما يروى في ذلك عبارة عبيد الله الكرخي [انظر الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي للحجوي: 6/3 والمراجع التي ذكرها لهذه العبارة]، ولا أعرف كيف قرر المؤلف وجود إجماع في ذلك.

الأحكام المقررة سلفاً والتحليل الشارح لها. ومنذ القرن العاشر الميلادي [الرابع الهجري] كان دور الفقهاء لا يتعدى التعليق على أعمال أئمتهم السابقين، وعملت طاقاتهم بحكم تلك الظروف في إطار تعليمي بحت، بلغ أحياناً مستوى رائعاً في مجال الإفتاء. ونالت بعض المسائل الافتراضية عناية ملحوظة كمسألة تحديد وقت استحقاق الميراث في تركة شخص انقلب حجراً على يد شيطان. ورغبة منهم في استخراج أبعد ما قد تنطوي عليه قواعدهم الأصلية من تطبيقات فقد حكموا بأن السمن الذي مات فيه فأر لا يجوز استخدامه زيتاً للمصابيح، حتى لا يتلوث الهواء بنجاسة لحم حيوان ميت. ويشبه ذلك منعهم أن يركب المرء جملاً كان قد سقي خمراً للاحتكاك المحتمل بمادة محرمة قد يحتويها عرق هذا الجمل[16]. وهذا فقيه مالكي - هو ابن رشد (ت 1126 م) [520 هـ] جد الفيلسوف المشهور - يشير إلى هذا الحكم باعتباره الكلمة الأخيرة في التقوى والدرجة القصوى في الورع. وإنما تجسد هذه العبارة حقيقة هدف الفقهاء وموقفهم. ورغم أن هذه المبالغات النظرية لم تقتحم أساساً مجال العلاقات القانونية بالاصطلاح المحدد لهذه العلاقات فإن الفقه كان في مجموعه محكوماً آنذاك بروح من المثالية المشابهة لها[د].

وفي الواقع كان التشريع الإسلامي مثالياً في أساسه منذ بدايته. إذ لم يتطور هذا التشريع من عمل المحاكم أو أحكامها - كالقانون الروماني الذي اعتمد تطوره على الدعاوي actio [17] أو كالقانون العرفي الانجليزي الذي تطور عن القرارات القضائية

---

(16) يردد بعض المؤلفين المسلمين من المحدثين مثل هذه التشنيعات على الفقه الإسلامي. وينبغي بحث هذه الظاهرة في إطار جحد هؤلاء المؤلفين لقيمة الفقه الإسلامي والاعجاب بالحضارة الغربية وقوانينها. وقد كان الميل إلى ذلك هو السائد في قطاعات ثقافية بعينها في أوائل هذا القرن. بيد أن تقدم الدراسة الفقهية وازدياد المعرفة بنصوص الفقه الإسلامي يكاد يقربنا من الوعي الحقيقي بقيمة هذا الفقه. وليس بغريب لذلك أن تنتهي مثل هذه التشنيعات. ويكفي للدفاع عن الفقه في هذه المسألة بخصوصها أنه في الوقت الذي كان يفترض فيه بعض الفقهاء مثل هذه الافتراضات الغريبة أو الشاذة فإنهم بشكل عام كانوا يتناولون أعقد الجوانب القانونية، ويكشفون عن الحكم الشرعي في كل ما يقع لمجتمعهم من مشكلات. وكذلك كان الفقه يقوم بتصحيح موقفه من مثل هذه الأخطاء. وأستشهد هنا بالإمام الغزالي الذي عاب على بعض فقهاء عصره إغراقهم في فرض الفروض الغريبة التي لا تقع.

وعلى كل حال لم يكن غريباً أن يلتقط المؤلف مثل هذه الافتراضات وأن يضخم فيها للنيل من الفقه برغم اعترافه الواضح بأنها لم تكن لتقع في مجال العلاقات القانونية.

(17) actio هي الدعوى التي كان ينظرها «البريطور» أو الحاكم ثم يوقع بالحكم أسفلها. راجع: نظرية الالتزامات في القانون الروماني للدكتور شفيق شحاته ص 17 ,235.

writs[18] - بل نشأ صياغة نظرية لمنهج يقابل ذلك. ويرغم أن فقهاء المذاهب قد أبدوا اهتماماً ملحوظاً بالعمل القانوني حيث قبـلوه إلا إذا خالف مبدأ دينياً واضحاً، فإن اكتمال النظرية الأصولية الرباعية في القرن العاشر الميلادي - تلك النظرية التي استبعدت حجية عمل المحاكم تماماً - قد نتج عنه منهج نظري ينعزل عن الواقع. وغدا الفقه - بانفصاله عن العمل القانوني الواقعي - علماً تأملياً بحتاً[19]، يدرس فيه التشريع لذاته.

ومن أوضح الأمثلة على تلك المثالية النظرية المنفصلة عن الواقع - بمعنى الاكتفاء بتحديد الحقوق والواجبات الموضوعية وإهمال أي نظام إجرائي يعالج تنفيذ هذه الحقوق والواجبات معالجة قانونية - هذا المثال المستمد من مجال الفقه الدستوري، حيث عرض الفقهاء مبدأ انتخاب الخليفة برأي ممثلي الأمة الإسلامية، وحددوا الصفات التي يجب على المتطلعين لهذا المنصب أن يستجمعوها. وقد كان هذا تصوراً.

---

(18) في القرن الثالث عشر الميلادي وجدت ثلاثة أنواع من المحاكم في انجلترا: المحاكم الملكية والإقطاعية والكنسية. وقد أخفقت هذه المحاكم في تحقيق العدالة لطبيعة تكوينها من جهة ولجمود القـواعد التي تـطبقها من جهـة أخرى. وكـان المتبع بعـد ذلك هـو أن ترفـع الدعـوى الى الملك فيحيلها إلى أحد رجال الدين لأخذ الرأي، ثم يصدر قراره بعـد ذلك بمـا يراه منـاسباً للعـدالة. فكلمة writ هي هذا القـرار الملكي الصادر حسب مفهـوم الملك آنذاك للعـدالة.
lopedia Britannica vol. 23 مادة writ).

(19) يكرر المؤلف هنا ما قاله المؤلف أكثر من مرة عن مثالية التشريع الإسلامي وأنه ليس محكوماً بالمجتمع ولا يقفو أثر الأعراف المطبقة في هذا المجتمع، بل العكس هو الصحيح؛ فإن المجتمع محكوم بهذا القانون ويجب أن تهتدي العلاقات والأعراف فيه بمقرراته. ويعتقد المؤلف أن بإمكانه اعتبار هذه الخصيصة عيباً في التشريع الإسلامي، متأثراً في ذلك بالنظرة الغربية التي تعتبر القانون من عمل الجماعة، ولذا كان من الضروري أن يتبع تطوره تطورها حسبما تقضي به هذه النظرة. ومع ذلك فقد شهد القرن الحالي تجربة بعض البلاد الأوروبية الشيوعية التي أخذت في استخدام القانون لتنفيذ ما فرضت على المجتمع من نظم. وهكذا تشهد هذه التجربة التي يعرفها المؤلف جيداً أنه ليس من الضروري دائماً أن يتبع القانون الجماعة، وأن العكس قد يحدث أحياناً، بدون أن يعني ذلك وقوع أي إشكال منطقي.
وإذا اتضح هذا فليست هناك غضاضة في أن يقود التشريع الإسلامي خطوات المجتمع الذي يدين بعقيدة الإسلام. ويبقى بعد ذلك الإشارة إلى حقيقة أخرى وهي أن الفقه الإسلامي قد ظل مطبقاً لمدة تقرب من ثلاثة عشر قرناً في دولة امتدت امتداداً واسعاً، وشملت أكثر أجناس الأرض، ثم لم يتخلف هذا القانون مطلقاً عن تلبية احتياجات هذه المجتمعات، بل نعمت به وأعانها على تحقيق نوع من العدالة، لا يتحقق لها الآن بعد أن أجبرت على تركه والأخذ بغيره.

مستخلصاً من الظروف التاريخية للخلفاء الأربعة، وضع في صيغة تعارض إلى حد كبير طبيعة الحكم الأموي الذي كان توارث السلطة السياسية من أبرز سماته. غير أن هذا التصور لم تكن له أية صلة بالواقع السياسي، باستثناء السنوات الباكرة للدولة العباسية. وقد تكون الانحرافات عن النظام المثالي - التي شنع عليها الفقهاء ولعنوها - راجعة فقط إلى أن الشريعة نفسها كانت غير قادرة على منعها، فالقوة كانت في الواقع هي الحق. وهذا هو الذي اعترف به الفقهاء أخيراً، حيث ذموا العصيان المدني، حتى حينما كانت السلطة السياسية غير قائمة على أساس صحيح بأي مفهوم. ومن الواضح أن التطبيق الفعال للنظام الشرعي بأسره هو أمر يعتمد اعتماداً كاملاً من الناحية الواقعية على هوى الحاكم ورغبته [20].

أن التنظيم المثالي للسلوك - وهو الشريعة - أوسع في حقيقته بكثير من حيث غايته ومداه من مجرد التنظيم القانوني بمعناه الاصطلاحي الغربي. فالفقه لا ينظم شعائر الدين، ولا المسائل التي قد تندرج تحت علم أصول الصحة العامة أو الذوق الاجتماعي فحسب - وهو في الواقع ما تبدأ به المؤلفات الفقهية بشكل ثابت - بل هو علم يجمع بين القانون والأخلاق، بحيث يعد فقهاؤه حراساً على الضمير الإسلامي.

ومن ثم فكل الأفعال والعلاقات إنما تقاس بمعيار التقويم الخلقي؛ ففي التصنيف الشرعي لأفعال المكلفين يقع المباح في موقع الوسط. وعلى الجانب الإيجابي منه توجد التصرفات المستحسنة، وهذه هي المندوب إليها، التي يثاب المرء على فعلها ولا يعاقب على تركها، ثم التصرفات الملزمة الواجبة. وعلى الجانب السلبي لهذا المعيار يقع أولاً «المكروه» وهو خاص بالأفعال التي يثاب المرء إن تركها ولا يعاقب على فعلها، ثم ثانياً «الحرام» وهو خاص بالأفعال المطلوب اجتنابها. ومع ذلك فإن القانون والأخلاق لم يندمجا اندماجاً كاملاً، ولم يتحدا في إطار الشريعة. فتطليق الزوج زوجته مذموم خلقاً، أو مكروه، وإن كان مع ذلك صحيحاً ونافذاً من الناحية القانونية، بما في ذلك المصطلح على تسميته بالطلاق البدعي. وعلى الرغم من انحصار اهتمامنا في هذا الكتاب بالقانون في معناه الاصطلاحي فإن هذا المعيار الخلقي يصلح أن يكون تذكرة مناسبة بالطابع الديني للشريعة أساساً وبالحقيقة المتمثلة في أننا لا نتناول هنا إلا جزءاً واحداً من هدى شامل للسلوك، أجزاؤه جميعاً تعتبر قانوناً في التصور الإسلامي، والمقصد النهائي منها نيل رضا الله في الدنيا والآخرة.

---

(20) لا يصح هذا تاريخياً، ولا نظرياً، فالثابت أن الحاكم شأنه شأن غيره مقيد بأحكام الشرع، وقد وقف كثيراً من الفقهاء مواقف تتسم بالشجاعة لمنع الحاكم من تجاوز ما أمر الله به.

لقد ظهر أثر التقليد في الكتابة الفقهية منذ القرن العاشر [الرابع الهجري] واضحاً. وتمثل هذا الأثر أساساً في توالي الشروح البالغة الاستفاضة على أعمال أوائل الفقهاء المصنفين في المذاهب، كمالك والشيباني والشافعي. ثم ألحقت بهذه التعاليق حواش إضافية تتفرع وتتداخل فيها وجهات النظر وخطوط التطور المختلفة. وألفت كذلك المتون المختصرة الموجزة لهذه الشروح. وقد ألح المؤلفون بدون استثناء تقريباً على هذا التقليد الخاضع لا للجوانب الموضوعية وحدها في المؤلفات الباكرة بل للشكل كذلك. وفي القرن الرابع عشر [السابع الهجري] ظهرت الكتابات الفقهية المذهبية التي نالت شهرة خاصة في البلاد الإسلامية. ولأنها قدمت لكل مذهب الصيغة الفقهية التي أقرها الإجماع فقد بقيت لها الحجية البالغة في التعبير عن القانون الشرعي حتى ظهور التجديد الفقهي في العصر الحديث.

وبهذا أضفت النظرية الأصولية التقليدية لوناً من القدسية على جميع جوانب النظام الفقهي المتضمن في النصوص المحتج بها، من حيث كونها التعبير الكامل عن الشرع. ومع أن البحث التاريخي يُظهر ـ حسبما اتضح من الباب الأول في هذا الكتاب ـ أن القدر الأعظم من هذا النظام قد نشأ من واقع الأعراف ورأي الفقهاء، وأن ربطه بنصوص الشرع نوع من التكلف، وأن النظرية الأصولية الرباعية كانت تتويجاً لنمو استمر مدة قرنين، فإن الفهم الإسلامي يرى أن هذه النظرية كانت مستند العمل الفقهي منذ بدايته، وأن التطور الفقهي راجع إلى الجهود التعليمية المنفصلة تماماً عن المؤثرات التاريخية أو الاجتماعية. وحينما تحدد التشريع لم يعد ممكناً إخضاعه للتأويل التاريخي، بمعنى قصر تطبيق نصوصه في مجتمع وزمن معينين. وفضلاً عن ذلك كان التشريع في أساسه غير قابل للتطور، لأن محمداً [ﷺ] هو آخر الأنبياء، انقطع بوفاته وحي السماء إلى الأرض.

فالقانون لا ينشأ من المجتمع ولا يتشكل به كما هو الحال في النظم الغربية. والتفكير الانساني، إذا لم يؤيد بالوحي، لا يستطيع التعرف على القيم الحقة ومعايير السلوك. فالسبيل إلى هذه المعرفة هو الوحي، والأفعال إنما تكون من قبيل الخير أو الشر إذا ألحقها الشرع بأحد هذين الوصفين. والقانون في المفهوم الإسلامي يسبق المجتمع ويشكله، ويجب من الناحية المثالية أن يخضع تنظيم المجتمع لأحكامه الصحيحة بإطلاق[21].

---

(21) توقف المؤلف في هذا الفصل أمام ما أطلق عليه «النظرية الأصولية التقليدية» وكأن هناك نظرية =

أصولية جديدة قد تختص في ذهنه ببعض الآراء التي أثارها بعض المستشرقين ومن لف لفهم.
ويتتبع المؤلف تطور هذه النظرية، مبيناً انطلاقها من عمل الشافعي، وإن أضافت إلى هذا العمل بعض المبادىء الأساسية. وفي رأي المؤلف أن هذه النظرية قد اعتبرت الإجماع أصل أصولها التي تعتمد عليه في التسليم بحجيتها. وأعتقد أن هذا القول نوع من المجازفة التي لا تستند إلى دليل.
وحقيقة الأمر أن الأصول الأربعة التي اعترف بها الشافعي ـ حسبما بين في الرسالة ـ تستند إلى الأصل الأول وهو الكتاب، فإن أهميته الفقهية لا تنحصر في بيانه الأحكام الفقهية العامة والقواعد الأساسية للتشريع الإسلامي، بل تشمل أيضاً توضيحه للمسالك التي يجب على الفقيه اتباعها في استنباط الحكم الشرعي. لقد أمر القرآن باتباع حكم الله، وبين أن من لم يخضع لهذا الحكم فليس بمؤمن حقيقة. وهذا هو الواضح من فواصل آيات سورة المائدة التي تقرر أن من لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون والفاسقون والظالمون. كما أمر القرآن كذلك في سياقات عديدة بوجوب اتباع أمر الرسول، وليس هذا فحسب بل أرشد كذلك إلى وجوب اتباع سبيل المؤمنين، أو إجماعهم، كما قرر الاعتبار أو النظر والقياس.
لقد اعتمد البناء الأصولي للشافعي على نصوص القرآن نفسه، وهو الذي سلم به من جاء بعد الشافعي من الأصوليين.
وقد تعرض المؤلف بعد ذلك إلى قضية أخرى اعتبرها نتيجة قاد إليها هذا البناء الأصولي، ويتمثل ذلك في شيوع الجمود في النظر الفقهي والركون فيه إلى التقليد لإمام من أئمة المذاهب. ويرجع المؤلف ذلك الجمود إلى الفكر الأصولي نفسه. لكن هذا التفسير إنما يصح إذا لم يكن هذا الجمود قد سيطر على أوجه الحياة الفكرية الأخرى للمسلمين، وإذا كان الفقه قد عجز عن متابعة مشاكل المجتمع الإسلامي. لقد استمر الفقه الإسلامي في أداء وظائفه المتنوعة حتى العصر الحديث، وقبل إلجائه على يد القوى الأجنبية إلى بعض المجالات المحدودة. وفضلاً عن ذلك فقد استمر في القيام بهذه الوظائف كثير من الفقهاء الأعلام الذين اجتهدوا داخل مذاهبهم التي انتسبوا إليها، مثل ابن حزم والغزالي وابن السبكي وابن تيمية وابن قيم الجوزية وابن نجيم وابن عابدين وغيرهم، أو ممن نبذوا التقليد ودعوا إلى الاجتهاد كالصنعاني والشوكاني وصالح الفلاني ومحمد بن عبدالوهاب وغيرهم.

كذلك ناقش المؤلف ما سماه بمثالية التشريع الإسلامي مبيناً تفسيره لهذه المثالية والنتائج التي تولدت عنه. وقد ناقشته في تعليق تفصيلي في حينه.

الفصل السابع

الاتفاق والاختلاف في الفقه

شجرة تقوم كل فروعها وأغصانها على جذع ثابت تمده جذور متضافرة، أو بحر شكلته مياه تجمعت من روافد متعددة، أو ثوب نسج من خيوط متداخلة، أو ربما شبكة صيد واحدة تتخللها فتحات كثيرة متراكبة: تلك هي بعض المجازات[1] التي استخدمها المؤلفون المسلمون لشرح ظاهرة الأختلاف في الفقه؛ فقد استقر النظر إلى المذاهب الفقهية المتعددة التي تبلور فيها هذا الاختلاف والتنوع على أنها وجوه مختلفة لحقيقة واحدة. وطبقاً لخبر منسوب إلى النبي [ﷺ] فهناك ما لا يقل عن ثلاثمائة وستين[2] سبيلاً إلى الحقيقة الثابتة. على أننا لو أغفلنا مؤقتاً الجماعات

---

(1) مَثَّل الشعراني في كتابه «الميزان الكبرى» للاتفاق والاختلاف بين الأئمة بهذه الأمثلة، موضحاً إياها بالرسم على نحو طريف حقاً. انظر الجزء الأول من هذا الكتاب صفحات 34-39.

(2) لم تتضمن أحاديث النبي ﷺ - التي أشارت إلى وقوع الاختلاف والافتراق بعده - هذا الرقم، ولم أجده في كتب السنة الصحيحة. أما ما روته كتب السنة فيتمثل فيما رواه أحمد بن حنبل في مسنده عن أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال: إن بني إسرائيل تفرقت إحدى وسبعين فرقة فهلكت سبعون فرقة وخلصت فرقة واحدة، وإن أمتي ستفترق على اثنتين وسبعين فرقة فتهلك إحدى وسبعون وتخلص فرقة.. قالوا يا رسول الله: من تلك الفرقة؟ قال: الجماعة الجماعة) المسند 145/3.. وقد روى أبو داود قريباً منه فيما نقله المنذري في مختصره أول كتاب السنة، وفيه (افترقت اليهود على إحدى - أو اثنتين - وسبعين فرقة وتفرقت النصارى على إحدى - أو اثنتين - وسبعين فرقة، وتفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة)، أخرجه الترمذي وابن ماجه، وقال الترمذي: حسن صحيح. كذلك رواه ابن الأثير في جامع الأصول: 407/1.

أو الفرق الصغيرة فإن المذاهب التي بقيت لأهل السنة منذ القرن الخامس عشر [التاسع الهجري] أربعة فقط، هي مذهب الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة[3]. ويتناول هذا الفصل موضوع العلاقة بين هذه المذاهب الأربعة التي اشتملت في فلسفة التشريع الإسلامي بعباءة الإجماع السابغة.

كانت المذاهب خلال فترة نمو التشريع أنظمة متنافسة متعادية، نتيجة طبيعية لظروف نشأتها. وكانت مدرستا المدينة والكوفة بحكم وعيهما بالحقيقة المتمثلة في أن فقههما يعكس إلى حد كبير واقع بيئتيهما قد قبلتا الاختلاف الفقهي في بداية الأمر باعتباره أمراً طبيعياً ومحتماً. غير أن حماسة الدولة العباسية لإيجاد تنظيم موحد للدولة والمجتمع، يعبر تعبيراً كاملاً عن الأخلاقيات الإسلامية، قد دفعت بكل مدرسة منهما إلى التشبث بما لمذهبها وحده من صلاحية لا تقتصر على بيئة معينة، بل تعم سائر المسلمين. وكان الخلاف في الأصول الفقهية قد أنتج حينئذ مذهبين آخرين، هما مذهب الشافعية والحنابلة، فتبنى كل مذهب من هذه المذاهب الأربعة حتى فترة متأخرة من النصف الثاني للقرن التاسع الميلادي موقفاً جدلياً غير متسامح تجاه الآخر في سعيه للحصول على الاعتراف العام بكونه هو التعبير الأمثل عن الشرع الإلهي.

ويعكس العمل القانوني ـ الذي قد يستنتج من ترجمة الكندي لقضاة مصر الباكرين ـ اختلافات الفقهاء ويبرزها. لقد أظهر بعض القضاة على نحو واضح اهتمامهم بآراء المذاهب الأخرى التي لا ينتسبون إليها. فعلى سبيل المثال كانت عادة إبراهيم بن الجراح الحنفي ـ القاضي من سنة 820 م إلى 826 م [205 - 211 هـ] الإشارة إلى الآراء المختلفة لأبي حنيفة ومالك وغيرهما على ظهر «محضر القضية» ومميزاً

---

(3) يحدد المؤلف القرن الخامس عشر أو التاسع الهجري لتغلب المذاهب الأربعة. غير أن الدراسة للموضوع تثبت أن تمكن هذه المذاهب واستقرارها قد حدث قبل هذه الفترة بقرنين على الأقل. فأحمد تيمور باشا الذي درس انتشار المذاهب الأربعة يقرر في ختام دراسته أنها استقرت في البلاد الإسلامية منذ القرن السابع الهجري. يقول في ذلك: «أخذت المذاهب الأربعة تتغلب مع الزمن وغيرها من المذاهب السنية يدرس، حتى إذا كان القرن السابع تم لها التغلب والتمكن، وأفتى الفقهاء بوجوب اتباعها، فدرس ما عداها إلا بقايا من المذهب الظاهري، بقيت في بعض البلاد إلى القرن الثامن ثم درست» [المذاهب الفقهية الأربعة ص 94، نشر القاهرة 1389 هـ ـ 1969 م]. فالتاريخ الذي ذكره المؤلف لتغلب هذه المذاهب ليس دقيقاً.

الرأي الذي يختاره من بينها بخط، إعلاماً لكاتبه أن ينشىء الحكم على أساسه[4]. غير أن القضاة بعامة ربطوا أنفسهم ربطاً تاماً بآراء مذهب معين، ففقدوا بهذا خصيصتهم الأساسية كممثلين لبيئة فقهية معينة. لقد كان المذهب الحنفي هو المذهب الذي تبنته الخلافة العباسية رسمياً، ومن الطبيعي أن يسفر هذا عن انتشاره الواسع، نتيجة إسناد وظيفة القضاء في الأمصار إلى أشخاص تعلموا في بيئة هذا المذهب. فإسماعيل بن اليسع[5] كان فيما دُوِّن أول قاض يطبق مذهب أبي حنيفة في مصر. ومع أن كفاءته القضائية قد حظيت بالاحترام عموماً فإن تطبيقه لأحكام غريبة غير مألوفة للناس، خاصة مسلكه في إبطال الأحباس[6] ـ حسب مذهب أبي حنيفة ـ قد جر عليه السخط إلى الحد الذي أدى إلى عزله سنة 783 م [167 هـ].

وقد أعانت الخلافات الكلامية أحياناً على إذكاء الاختلاف بين المذاهب وعلى اشتعال العداء الحاد ووقوع الفتن بين أتباعها. ففي أثناء المحاكمات الشنيعة المعروفة «بالمحنة» ـ التي ابتدأها الخليفة المأمون سنة 833 م [218 هـ] لحمل الأكابر على الجهر بالقول بخلق القرآن، طبقاً لمذهب المعتزلة الكلامي ـ كان القاضي الحنفي [محمد بن أبي] الليث[7]، الذي انتصر لهذا المذهب يرفض السماح لفقهاء المالكية والشافعية بعقد

---

(4) انظر ترجمته في كتاب الولاة والقضاة تأليف محمد بن يوسف الكندي، نشر رفن كست ـ بيروت 1908 م، ص 427 وما بعدها. وقد ذكر كاتب إبراهيم: عمرو بن خالد الطريقة التي أشار إليها النص بقوله: «كنت إذا عملت المحضر وأقرأته عليه أقام عنده ما شاء الله أن يقيم حتى ينظر فيه ويرى رأيه. فإذا أراد أن يقضي به دفعه إلى لأنشىء منه سجلاً، فأجد في ظهره قال أبو حنيفة كذا وفي سطر قال ابن أبي ليلى كذا وفي سطر قال أبو يوسف كذا، وقال مالك كذا، ثم على سطر منها علامة له كالخط. فأعلم أن اختياره وقع على ذلك القول، فأنشىء السجل عليه» ص 432.

(5) ينقل الكندي قول بعضهم في هذا القاضي: «كان من خير قضاتنا، غير أنه كان يذهب إلى مذهب أبي حنيفة، ولم يكن أهل مصر يعرفونه» الكندي ص 371، وانظر في سبب عزله المرجع نفسه ص 372.

(6) اختلف النقل لمذهب أبي حنيفة في الوقف؛ فرواية محمد بن الحسن مذهب أستاذه في كتاب الأصل أن الوقف لا يجوز. ودليله على ذلك فيما استنتجه المرغيناني أن الوقف «حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة. ثم.. المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح. فلا يجوز الوقف عنده». انظر: الهداية 13/3. غير أن المرغيناني يذكر رواية أخرى لمذهب الإمام خلاصتها أن الوقف صحيح وإن لم يكن لازماً، فكأنه بمنزلة العارية. ويبدو أن نقل محمد لمذهب أبي حنيفة هنا أصح من نقل غيره، بدليل مسلك إسماعيل بن اليسع في إبطال الأحباس.

(7) ولى هذا الرجل قضاء مصر أربع سنين (226 هـ ـ 230 هـ) كانت أسوأ ما عاشه الناس في زمن محنة القول بخلق القرآن؛ فقد كان هذا الرجل وراقاً، حفظ فقه أبي حنيفة. أما موهبته الحقيقية فقد تجلت في تنفيذ ما اعتقده سياسة للخليفتين العباسيين: المعتصم والواثق، كي =

مجالسهم في المسجد. وبعد انتهاء المحنة ببضع سنوات انتقم القاضي المالكي الحارث بن مسكين بطرد المعلمين الأحناف من المسجد، كما روى أنه رفض في إحدى القضايا قبول شهادة شهود عرف أنهم ينتسبون للمذهب الحنفي.

ومثل هذا التنافس بين المذاهب بما قد يجره على المدعين من صعوبات جمة قد تكشف عنه تلك القضية التي كان موضوعها «دار الفيل»، والتي شغلت اهتمام عدد من القضاة في مصر على امتداد أكثر من قرن. وقد دارت هذه القضية في مراحلها النهائية حول ما إذا كانت كلمة «الفروع» في وقف أهلي تشمل المدعين الذين كانوا أولاد بنت الواقف أو أن هذه الكلمة لا تشملهم. ففي المذاهب الحنفي الذي يعترف بأهمية علاقة ذوي الأرحام في أمور كثيرة تتضمن كلمة «الفروع» أولاد البنت ضرورة، على حين أنها لا تشملهم في المذهب المالكي الذي يرجح علاقة التعصيب عموماً. ومن ثم فإن القاضي المالكي هرون [بن عبد الله] رفض في سنة 835 م [220 هـ] دعوى أولاد البنت في الاستحقاق من هذا الوقف. وبعد ذلك بعشر سنين حكم لهم خلفه القاضي الحنفي [ابن أبي الليث] بالاستحقاق فيه، ليعود الحارث [بن مسكين] القاضي المالكي فيغير الحكم السابق بدوره سنة 859 م [245 هـ]. وعندها رفع هؤلاء المدعون أمرهم إلى الخليفة [المتوكل] الذي قضى - بناء على مشورة لجنة من فقهاء الأحناف شكلها لمراجعة هذه القضية - بتغيير حكم الحارث وإصدار قرار نهائي لصالح هؤلاء المدعين[8].

= يضمن بقاءه في منصبه. ويستنتج مما يرويه الكندي أن هذا الرجل كان يحب تعذيب مخالفيه في القول بخلق القرآن وإيلامهم؛ فإنه أمر بضربهم وتعذيبهم وحبسهم، كما أنه افتن في ذلك فنوناً. منها أنه أتى بشهود تثبت الرق على ابن القطاس الذي كان يلوم سلوكه في خلوته، وهو الذي أمر بمحمد بن الحكم أن يطاف به. وباختصار فإنه لم «يبق أحد من فقيه ولا مؤذن ولا معلم حتى أخذ بالمحنة، فهرب كثير من الناس وملئت السجون ممن أنكر المحنة» [ص 451 من كتاب الكندي]. غير أنه لم يلبث أن تكشفت فضائحه المالية - مثل كل الطغاة الظلمة - فأذاقه الله عز وجل ما نال الناس على يده أثناء ولايته؛ إذا أمر الخليفة المتوكل أن يحبس وأن يطاف به، وكان القاضي الذي ولي بعده يأمر بضربه، تعزيراً له على مصادرته أموال الناس وإنفاقها في شهواته.

(8) قضية «دار الفيل» أشار إليها الكندي بتفصيلات أكثر في كتابه ص 503 وما بعدها. وأصلها أن أبا عثيم مولى مسلمة بن مخلد حبس داره على مواليه وسماهم في كتاب تحبيسه: «كعب بن سليمان وناصح ويسار ورافع وأولادهم وأولاد أولادهم ما تناسلوا ذكرهم وأنثاهم سواء. وكان إنشاؤه هذا الحبس سنة 93 هـ، ثم لم يبق بمرور الزمن من ذرية الموقوف عليهم سوى محمد بن ناصح وعزة بنت عمرو بن رافع. ثم ماتت هذه وتركت ولدها إبراهيم بن عبد الصمد، فلم يقبل المفضل بن فضالة وعبد الرحمن العمري - القاضيان المالكيان - إعطاءه =

وقد كان تطور النظرية الأصولية في أواخر القرن التاسع الميلادي هو أهم العوامل التي أدت إلى تقليل التجاذب بين المذاهب المختلفة. فمن الالتقاء العام لهذه المذاهب على البناء الأساسي لأصول الفقه ومصادره، ومن إدراكها لوحدة الهدف الذي يحققه هذا البناء - أعطى التنافس العدائي بالتدريج مكاناً للتفاهم المتبادل[9]، ليعترف مبدأ الإجماع التقليدي في النهاية بالتعايش القائم بين المذاهب المختلفة ويصادق على وجودها جميعاً.

ومع ذلك فقد احتل المذهب الحنبلي لقرون عديدة مركزاً قلقاً إلى حد ما بين هذه المذاهب الأربعة. ذلك أن الحنابلة باتخاذهم موقفاً متشدداً ضد العقل في التشريع قد رفضوا بداية منهج الاجتهاد الفقهي بالقياس، فاعتبرتهم المذاهب الأخرى جامعي أحاديث أكثر منهم فقهاء حقيقيين[10]. كما أن العناصر المتشددة من الحنابلة قد عارضت في المجال الكلامي أسس المعتقد الأشعري، وهو شكل معتدل من العقلانية قبلته غالبية أهل السنة؛ فخلال سلسلة الاضطرابات التي وقعت في بغداد في القرنين الثاني والثالث عشر الميلاديين [السادس والسابع للهجرة] اضطهدت هذه العناصر على نحو حاد بعض علماء المذاهب الثلاثة الأخرى[*] . ومع هذا أجيز للحنابلة الدخول في

= شيئاً من الوقف. لكن إبراهيم بن الجراح - القاضي الحنفي - قضى له بنصف هذا الوقف. ثم مات هذا الجيل، وجاء إسحاق بن إبراهيم بن عبد الصمد، ورفع الأمر إلى القضاء من جديد فأبطل هرون بن عبد الله القاضي المالكي ما كان قضى به لوالد إسحاق، وجاء ابن أبي الليث فأعطى لإسحاق ما كان أبطله سلفه.. وهكذا حتى رفع الأمر إلى الخليفة المتوكل فقضى بنصف الوقف لإسحاق هذا.

(9) يزعم المؤلف أن التنافس العدائي هو الشكل الذي اتخذته العلاقة بين الفقهاء الباكرين، وأن هذا التنافس قد أخلى مكانه للتفاهم المتبادل فيما بعد. لكن الحقيقة ربما كانت عكس ذلك. فالواقع أن الفترات المتأخرة هي التي شهدت كثيراً من الفتن الراجعة إلى تعصب أتباع هذه المذاهب. أما الفترة الباكرة فلم تحفل بشيء من ذلك. فعلاقة محمد بن الحسن بمالك وروايته للموطأ، وعلاقة الشافعي بمحمد خير شاهد على أن الفقهاء الباكرين كانوا يتمسكون بمبدأ أن اختلاف الرأي لا يفسد للود قضية. فعلاقة الشافعي الطيبة بمحمد لم تمنعه من تفنيد آرائه والهجوم عليها [راجع الجزء السابع من الأم] كلما رأى في أدلتها ما يضعفها. وربما كان هذا الجانب هو الذي التفت إليه المؤلف في تقدير العلاقة بين المذاهب وتطورها على النحو الذي زعم.

(10) ربما قيل ذلك عن أحمد بن حنبل في بعض التقديرات الجدلية، والتي لا تستند إلى أدلة قوية. أما أن ينسب هذا إلى الحنابلة بوجه عام فأقل ما يوصف به مثل هذا القول أنه خطأ كبير؛ فإن ما كتبه ابن القيم - مثلاً - الفقيه الحنبلي في إعلام الموقعين انتصاراً للقياس يعد من أوفى ما كتب في الموضوع. كذلك تعكس مؤلفاتهم الفقهية قدرة على التناول لا تقل عن مقدرة المؤلفين في المذاهب الأخرى.

إطار الإجماع، مما يدل قطعاً على رحابة هذا الأصل في تحقيق التسامح من ناحية، وعلى حقيقة أن ما اصطلح عليه بعلم الفقه قد ابتعد آنذاك[11]. إلى حد كبير عن المسائل الكلامية البحتة من ناحية أخرى.

وكان ظهور نظرية الأصول المشتركة في الجملة بين المذاهب الفقهية قد أثر تأثيراً ضئيلاً على التباين بينها في الأحكام الفقهية، كما سبقت ملاحظته آنفاً(ن). ففي كل من المذهبين الشافعي والحنبلي سبقت النظرية الأصولية في الواقع إقامة بنائها الفقهي. وقد يعلل هذا من ناحية مبدئية لحقيقة التقاء أحكامها الفقهية أكثر مما عليه الحال في أي مذهبين آخرين. ومع ذلك فقد ثارت خلافات جديدة بالاعتبار بين هذين المذهبين، لا لمجرد المتابعة المتشددة من الحنابلة لنصوص الأحاديث الضعيفة الحجية في تلك المسائل التي اعتمد فيها الشافعية النظر القياسي فحسب، بل لأن الأحاديث نفسها كذلك قد سمحت غالباً ـ بحكم أنها كانت تجسيداً للممارسات المحلية والاجتهادات الفقهية للمدارس الباكرة ـ بالاختيار بين أحكامها المتعارضة والمتساوية من حيث الظاهر في حجيتها.

وكان فقه الأحناف والمالكية ـ من ناحية أخرى ـ قد ظهر قبل أن يصوغ الشافعي نظريته الأصولية. ومع أن كثيراً من أحكام فقههم قد عبر عنها في شكل أحاديث[12] عن النبي [ﷺ] فإن ما سوى ذلك من فقه بيئتهم مما لم يعبر عنه على هذا النحو هو

---

(11) متى حدث هذا الابتعاد؟! أقرب تاريخ ذكره المؤلف يعود إلى القرنين السادس والسابع الهجريين. والمؤكد أن استقلال الفقه وعلم الكلام قد حدث قبل ذلك بكثير.

(12) مرة أخرى يرجع المؤلف إلى زعمه الغريب برجوع أصول كثير من الأحاديث إلى الرأي الفقهي، مما ناقشته من قبل. وهو هنا يعدل زعمه هذا قليلاً بما يوقعه في التناقض؛ إذ يذكر هنا أن بعض الأحكام الفقهية قد بلغت مبلغ التعبير عنها في شكل أحاديث عن النبي ﷺ، في حين قصر التعبير عن بعضها الآخر عن الوصول بها إلى ذلك. ويقتضي احترام عقل القارىء أن يبين المؤلف لماذا نعمت بعض مسائل الفقه باختراع احاديث لها، ولماذا حرم بعضها الآخر من ذلك؟ والواقع أن عدم وجود الدليل هنا إنما يعني رجوع الزعم إلى تخيل المؤلف وميله. ومع الميل والهوى لا يجدي النقاش. غير أني أذكر بالحقيقة التي تنبه إليها المؤلف نفسه، وهي أن التطور الفقهي لم يكن له عقلاً أن يبدأ بدون وجود السنة، فكيف يعتمد الفقه في وجوده ذاته على السنة، ثم يتصور أن الأحكام الفقهية أصل كثير من السنن؟ ويتناقض هذا التصور مع المواقف المأثورة للفقهاء في التحري عن الأحاديث ونقدها، فضلا عن موقفهم الخلقي من كل من يضع حديثاً للنبي ﷺ. كما يتناقض كذلك مع طبيعةتكوين المدارس الفقهية من أئمة امتازوا بالدقة والصدق. أما تعديل المالكية والأحناف لأصول الشافعي فقد كان أمراً طبيعياً، لا يحتاج إلى كل هذا الالتواء في التعليل.

الذي دعاهم إلى محاولة تبريره وتأصيله ـ خلال القرن التاسع [الثالث الهجري] بتعديل نظرية الشافعي والإضافة إليها في جوانب متنوعة منها.

وتتضمن معظم هذه التعديلات تغييراً في الأصل الأساسي عند الشافعي الذي يتعلق بإثبات تلك الحجية الفائقة لأحاديث النبي [ﷺ] والذي قد عبر أساساً ـ كما سبقت ملاحظته من قبل ـ عن وجهة نظر أولئك الذين عارضوا الآراء الثابتة في المدارس الباكرة آنذاك. ومن ثم فإن من أهم المبادىء التفصيلية المميزة لنظرية الأحناف الأصولية مبدأ: «الزيادة على النص[13] نسخ له». ومعناه أنه حيث يتناول نصان شرعيان موضوعاً واحداً بعينه، غير أن أحدهما يضيف معنى جديداً لا يتضمنه النص الآخر فإن النص المتضمن للإضافة أو الزيادة ناسخ للآخر بالضرورة. وقد اتخذ هذا المبدأ لمعارضة حجية حديثين بعينهما: أولهما يقرر صحة الإثبات القانوني ببينة تتمثل في شاهد واحد مع يمين المدعى على صدق[14] دعواه، والآخر ينص على عقوبة

(13) مع تقديري لإدراك المؤلف أهمية هذه القاعدة في البناء الأصولي للأحناف فإنني أزعم أنه لم يبذل في تحليلها مجهوداً مناسباً لأهميتها. ولتوضيح هذه القاعدة عندهم ولو على نحو مجمل يجب أن نوضح علاقاتها بقواعد الأحناف الأخرى. فيجب أن نأخذ في اعتبارنا ـ أولاً ـ ترتيبهم لحجية الأدلة من حيث قطعية الثبوت والدلالة وتقديمهم بطبيعة الحال ما يفيد القطع من جهتهما على ما يفيد الظن من جهة أحدهما. كذلك يجب النظر إلى اختلافهم مع الشافعية في إفادة العام القطع ما لم يخصص. فيترتب على ذلك أن عام الكتاب أو الحديث المتواتر القطعي الثبوت لن ينسخ أو يخصص بخبر الواحد الظني الثبوت، خلافاً للشافعية الذين أجازوا تخصيص عام الكتاب أو السنة المتواترة بخبر الواحد؛ وإن منعوا نسخ الكتاب بالسنة. ثم هناك من ناحية أخرى تقسيم الأحناف الثلاثي للسنة (متواترة ومشهورة وآحاد)، في مقابل تقسيم الشافعية لها إلى نوعين (متواترة وآحاد). فاختلاف التقسيم على هذا النحو هو الذي مكنهم من إطلاق قاعدتهم في رفض تخصيص عام الكتاب بخبر الواحد؛ فإنهم يسلمون بأن الحديث المشهور الذي يشمل خبر الواحد في اصطلاح غيرهم يقضي على الكتاب بالنسخ وتخصيص العام، مع أنه لا يفيد اليقين عند الأحناف. فأحاديث الرجم المشهورة عندهم تخصص عقوبة الجلد الواردة في القرآن بالزاني غير المحصن. [انظر: كشف الأسرار على أصول البزدوي لعبد العزيز البخاري 82/1, 688/2, 749/3 911 طبعة سنة 1307 هـ. وانظر فتح الغفار لابن نجيم: 21/1, 135/2 طبعة الحلبي 1355 هـ]، فقاعدة الزيادة على النص نسخ له متشعبة الجذور في أصول الحنفية لم يصوغوها تبريراً لرأي أسلافهم.

(14) إشارة إلى حديث رواه ابن عباس عن النبي ﷺ فيه: (أن النبي ﷺ قضى بشاهد ويمين). رواه مسلم في كتاب الأقضية من صحيحه. وأخرج أبو داود ـ كذلك ـ عن أبي هريرة أنه قال: (قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد). وفي الباب نفسه أحاديث رواها أحمد وابن ماجة والترمذي والنسائي والدارقطني. وفي نيل الأوطار أن الشافعي ضمن رواة حديث ابن عباس، وأكد أن هذا الحديث ثابت لا يرده أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره، مع أن معه غيره =

الزاني غير المحصن بمائة جلدة وتغريب[15] عام. وكان كل من النفي في عقوبة الزاني غير المحصن وقبول يمين المدعي إذا عضد بشاهد في الإثبات القانوني يرجع إلى العمل السائد للفترة الأموية[16] التي رفضها فقهاء الكوفة فاضطر خلفهم من الأحناف الذين قبلوا الاحتجاج بالسنة النبوية بعد ظهور هذين الحكمين في شكل حديثين ـ أن يبرروا ما استقر في مذهبهم بما يعفيه من المخالفة للسنة على النحو التالي: أن القرآن نفسه لم يذكر سوى البينة بشاهدين في الإثبات القانوني، والجلد في عقوبة الزاني غير المحصن، ومن ثم فهذان الحكمان الزائدان، وهما الأخذ بيمين المدعى ووجوب التغريب، المتضمنان في الحديثين إنما يعنيان أن كلاً منها لا يبين القرآن، بل يعارضه. فيجب تطبيق قواعد النسخ المتبعة عليهما. غير أنه لما كان كل من هذين الحديثين خبر آحاد لا ترقى حجيته إلى نسخ القرآن المتواتر فإن ظاهرهما لا يجب العمل به.

ومع ذلك فإن السمة البارزة المميزة للنظرية الأصولية للأحناف والمالكية ـ في مقابل أصول الشافعية والحنابلة ـ هي اعترافهما بالمصادر التبعية في التشريع. وهذه المصادر إنما تمثل الصياغة التقليدية لهذه العناصر الخاصة بالمنهج الأصولي للمذاهب الباكرة، وهي ذات العناصر التي تصدى الشافعي إلى إبطالها. إن حرية النظر الفقهي ومرونته هما جوهر الأصل الحنفي (الاستحسان)، وينطبق هذا بدرجة أقل على الأصل

= مما يشده. فالحديث ثابت صحيح لا مطعن لأحد في إسناده كما يقول ابن عبدالبر. انظر نيل الأوطار: 190/9 وما بعدها، والطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص 66 وما بعدها، وإعلام الموقعين: 91/1.

(15) ورد التغريب في أحاديث كثيرة منها حديث العسيف الذي أخرجه الجماعة، وفيه: (وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، ومنها حديث عبادة الذي رواه الجماعة إلا البخاري والنسائي وفيه: (البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة). وقد ذكر الشوكاني أحاديث التغريب معقباً عليها بقوله: «والحاصل أن أحاديث التغريب قد جاوزت حد الشهرة المعتبرة عند الحنفية». نيل الأوطار 249/7، 252.

(16) الحديثان يرجعان إلى النبي ﷺ كما رأينا من تخريجهما. وقد عمل بهما الأمويون الذين كانوا حكاماً مسلمين لم يرفضوا العمل بالسنة النبوية، اللهم إلا إذا اطلعنا المؤلف على وثيقة تقضي بغير ذلك. ثم ما معنى رفض فقهاء الكوفة للعمل السائد في الفترة الأموية؟ إن المؤلف يلقي بالكلام على عواهنه هنا دون أن يتثبت مما يقول؛ فالموقف العام لفقهاء المدينة والكوفة من الحكم الأموي واحد؛ بل إن الموقف العام للفقهاء من الخلافة الأموية والعباسية واحد كذلك، ليست فيه أية خصوصية لفقهاء الكوفة ولا للخلفاء الأمويين. وليس في فقه الكوفة إشارة واحدة لأصل عندهم يتضمن وجوب رفض عمل قضاة الأمويين، وعلى عكس ذلك نجد قاضياً كبيراً في الفترة الأموية ـ أعني شريحاً ـ كان يعد ضمن كبار أساتذة مدرسة الكوفة. وهكذا يتضح أن المؤلف يريد سد الفراغ الذي ينطوي عليه تصوره للمسألة بإلقاء الكلام دون تثبت أو دليل.

المالكي (الاستصلاح). كما أن مفهوم الإجماع المحدود ببيئة فقهية معينة قد بقي في أصل المالكية (إجماع أهل المدينة) الذي استند الاحتجاج به آنذاك من حيث الشكل على أساس أن المدينة موطن الرسول [ﷺ]، فعملها المتفق عليه إنما هو استمرار لسنته. وهذه الأصول، بحكم دورها كمعايير فقهية غالباً ما تحل محل الاحتجاج بالسنة أو القياس بمعناه المحدد، أو تعلو عليهما، إنما هي معارضة لجوهر أصل الشافعي المتمثل في إصراره على سمو حجية الأحاديث وأن الاجتهاد بالقياس هو المنهج الصحيح الوحيد للاجتهاد الفقهي. ومع أن الكتابات الفقهية قد اتجهت على نحو طبيعي منذ عهد مبكر إلى الإقلال من أهمية المصادر التبعية فإنها تمثل في الواقع المصادر الحقيقية لأهم جوانب الفقه الحنفي والمالكي؛ فإن بقاءهما تحت مظلة الإجماع ليظهر: كيف امتص هذان المذهبان بنجاح صدمة هجوم الشافعي عليهما، وكيف استطاعا الاحتفاظ بسماتهما المميزة المستمدة من ظروف نشأتهما الأولى.

وقد أعطى بعض الكتاب المحدثين(ن) انطباعاً بأن (الاستحسان) و(الاستصلاح) - كأصلين خاصين للأحناف والمالكية بهما - يوازيان الأصل التبعي المعترف به في المذهب الشافعي وهو (الاستصحاب)[17]. لكن الاستصحاب إنما هو مجرد أصل فطري للإثبات التشريعي؛ فهو افتراض أن الحالة الموجودة أصلاً تظل باقية ما لم يثبت العكس، وهو بذلك مبدأ مقبول لدى كل المذاهب، وإن كان الشافعية يعملونه باطراد لا نجده في المذاهب الأخرى. ومن ذلك أن المفقود - على سبيل المثال - يظل حياً ما لم يثبت العكس، أي بحكم قضائي يرجح وفاته على أساس أن الوقت الذي انقضى منذ غيبته يكمل له المدة التي يظن بمثله أن يعيشها. ولذا يبدأ استحقاق تركة هذا المفقود وقت صدور هذا الحكم القضائي، ويتحدد ورثته في ضوء ذلك. ومع هذا فإن المذهب الشافعي هو الوحيد الذي اعترف بوجوب تطبيق المبدأ نفسه على حق المفقود في أن يرث هو من تركة من مات من أقاربه أثناء غيبته؛ إذ يدل الاستصحاب على أن المفقود يخلف من مات من أقاربه قبل صدور الحكم القضائي بترجيح وفاته. أما في المذاهب الأخرى فإن المفقود يعتبر ميتاً من تاريخ غيبته، فعندهم يعمل الاستصحاب كمِجَنٍّ يحمي تركة المفقود من تعلق حقوق ورثته بها لا كسيف يكسبه الحق في ميراث غيره. ويتضح من هذا المثال وحده أن اعتبار الأصول التبعية

---

(17) لعل المؤلف يشير إلى ما ذكره عساف فايزي في كتابه: Outlines of Muhammadan Law ص 21, 22.

للمذهبين الحنفي والمالكي موازية بأي حال للاستصحاب أمر ينطوي على خطأ كامل في فهم وظائف هذه المصادر ومدلولاتها.

وما إن غابت هذه العداوة التي غلبت في بداية الأمر على العلاقة بين المذاهب، لتعقبها حالة من التعايش السلمي بينها حتى كشف التطور التشريعي عن بعض شواهد التأثيرات المتبادلة فيها بين هذه المذاهب. ولئن كان هذا التفاعل قد أسفر غالباً عن نوع من التماثل الظاهري في بعض الفروع الفقهية فإنه لم يتناول الخصائص الأساسية لكل مذهب إلا نادراً.

ففي أحكام القتل ـ على سبيل المثال ـ تأخذ كل المذاهب بإجراء القسامة. وقد كانت القسامة في مدرسة المدينة خاصة أَحَدَ طرق إثبات جناية القتل، حين لا يمكن إثبات الجريمة على المتهم سواء بإقراره أو بالنصاب المعهود في الشهادة من رجلين عدلين عاينا القتل. ومن ثم يحلِّف أقرباء القتيل أو عائلته خمسين يميناً على أن المتهم بالقتل هو الذي ارتكب الجريمة، فتثبت إدانته إن كانت هناك بعض القرائن الأخرى التي تقوي تلك الإدانة. وتتمثل هذه القرائن طبقاً لما يقرره الإمام مالك في نوعين اثنين: أولهما تقرير المقتول عند احتضاره بأن المتهم هو الذي قتله، وثانيهما شهادة شاهد واحد عاين القتل. ويطلق مالك على هذه الحالة الثانية مصطلح (اللوث)[18]، بينما يعرف الشافعي مصطلح (اللوث) على نحو أوسع ليشمل كل القرائن الكافية لإقامة الدعوى ضد المتهم. وقد تأثر الفقه المالكي فيما بعد بهذه النظرة إلى حد أنه عين قرائن أخرى عديدة تنشىء (اللوث) بدرجة تكفي للحكم بإجراء (القسامة)، مثل أن يرى المتهم

---

(18) استنتاج انحصار اللوث عند الأمام مالك في شهادة شاهد واحد استنتاج غير صحيح، فعبارته في الموطأ 78/3: «القسامة لا تجب إلا بأحد أمرين، إما أن يقول المقتول دمي عند فلان، أو يأتي ولاة الدم بلوث من بينة وإن لم تكن قاطعة على الذي يُدَّعى عليه الدم، فهذا يوجب القسامة لمدعي الدم على من ادعوه عليه، ولا تجب القسامة عندنا إلا بأحد هذين الوجهين. قال مالك: وتلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا» فكلام مالك المنقول هنا لا يوحي من قريب ولا من بعيد بأن اللوث عنده لا يتألف إلا من شهادة الشاهد الواحد، ولا يدل كلامه إلا على أن اللوث هو كل بينة غير قاطعة. ويتأيد هذا بما يقرره ابن رشد عن مذهب إمامه في أن الشاهد الواحد على القتل لوث عند مالك، وأنه يوافق الشافعي «في قرينة الحال المخيلة مثل أن يوجد قتيل متشحطاً بدمه وبقربه إنسان بيده حديدة مدماة» بداية المجتهد 394/2. ومع ذلك فاللوث الموجب للقسامة أوسع عند الشافعي منه عند مالك في أن وجود القتيل في محلة بعينها لا يمثل لوثاً موجباً للقسامة عند الثاني وإن أوجبها عند الأول. لكن معنى اللوث عند مالك لم يكن على هذا الضيق الذي فهمه المؤلف. وقد توسع الحنابلة في معنى اللوث كذلك، انظر إعلام الموقعين 371/4.

مختضباً بالدم إلى جوار جثة قتيل. غير أن الفقه الشافعي والمالكي لم يصلا مع ذلك إلى الاتفاق الكامل حول القسامة أبداً؛ فعند المالكية تمثل تسمية المقتول عند احتضاره للقاتل سبباً من أسباب اللوث[19] الأمر الذي لم يقبله الشافعية، ولم يعتبر المالكية بدورهم دليل العداوة القائمة بين المتهم والقتيل سبباً من أسباب اللوث، وهو ما قبله الشافعية[ح]. وقد يلاحظ أن الفقه الحنفي لم يشارك في هذا التطور، بل احتفظ بالثابت في مدرسة الكوفة التي رأت في القسامة طريقاً دفاعياً في أساسه، بمعنى أن يطلب خمسون يميناً من سكان الجيرة التي وجد فيها جثمان القتيل، لنفي اتهام أحد منهم بارتكاب القتل[20].

ويمثل مبدأ الكفاءة[ط] في محيط التشريع الأسري مثالاً آخر على التفاعل بين المذاهب؛ فقد بدأ القول بها في الكوفة، ثم تبناها المذهب المالكي فيما بعد، مع أنها لم تكن معروفة لأهل المدينة الباكرين، لكنها لم تصل في هذا المذهب إلى المدى الذي وصلت إليه في الفقه الحنفي. فمثلاً ذهب الأحناف إلى أن حرفة الزوج أو مهنته عنصر هام في تحديد كفاءته للزوجة، ليقرروا بناء على ذلك ترتيباً متفاوتاً لأنواع المهن. أما المالكية فلم يعتبروا هذا العامل المادي مطلقاً. كما أن مبدأ الكفاءة لم يكن له في التشريع الأسري عندهم هذا المغزى الذي تضمنه عند الأحناف الذين اعتمدوه ـ في الأصل ـ سبيلاً إلى حماية حق الوليّ، فله الحق عندهم في إبطال زواج المولي عليها البالغة إذا عقدته بدون حضور الولي ولا موافقته، ولم يكن الزوج كفؤاً لها، بينما لا ينعقد الزواج صحيحاً في المذهب المالكي إلا بوليّ المرأة، ومن ثم فطلب فسخه لعدم الكفاءة إنما ينحصر في الأحوال التي غرَّر فيها الزوج بالأولياء في إعلامهم بمستواه الاجتماعي.

وقد كانت أهم النتائج التي شهدها تاريخ التشريع الإسلامي لهذا التطور المتعدد الجوانب في النظرية الأصولية وفي تعديل أحكام الفروع الفقهية بما يتلاءم معها هي فقدان المعرفة الواعية بالأصول الحقيقية للتشريع. فقد حاول كل من الأحناف والمالكية

---

(19) هذا عند الإمام مالك ليس من قبيل ما ينشىء اللوث، فموجب القسامة عنده في النص الذي نقلته عنه في هامش سابق إما أن يكون بتسمية المقتول عند احتضاره للقاتل أو بلوث من بينه. ويدل هذا التقسيم على اتفاقه مع الشافعية في عدم اعتبار تسمية المقتول مما ينشىء اللوث وإن كانت هذه التسمية موجبة للقسامة بطريق مستقل عن الطريق الآخر المتمثل فيما اصطلح عليه باللوث.

(20) راجع مذهب الأحناف في القسامة في الهداية ـ مثلاً ـ ص 126 من الجزء الرابع.

تعزيز تراثهم الفقهي بنسبة الآراء التي ظهرت مؤخراً في الفترة (الكلاسيكية) إلى ممثليهم الأوائل، فأخذ كل من مالك وأبي حنيفة يحتل مكانة لم تكن له من قبل، حيث اعتبر كل منهما المنشىء للمذهب. ومن ناحية أخرى(ى) ، فإن الخلافات بين هذين المذهبين - التي نبعت من طبيعة نشأتهما المحلية أساساً - قد استمرت وتأيدت بوضعها في شكل النتائج المشروعة للاستنباط الفقهي المحكوم بنظرية الأصول الأربعة[21] ، وهذا

(21) تتضمن عبارة المؤلف هنا أن الاختلافات الفقهية التي نشأت بين الأحناف والمالكية قبل الشافعي ووضعه نظريته الأصولية قد تم وضعها بعد ذلك وضعاً جديداً في ضوء هذه النظرية. وينطوي مثل هذا الزعم على نوع من التناقض مع ما قرره المؤلف نفسه من أن عمل الشافعي لم يكن جديداً على التفكير الفقهي. ومعنى ذلك أن التفكير الفقهي - فيما اعترف به المؤلف - كان محكوماً بمنهج اختلف مع منهج الشافعي في بعض الجوانب، وإن اعتمد عليه الشافعي في صياغته نظريته. وأكثر من ذلك أن المؤلف قد اعترف أيضاً بأن مجيء نظرية الشافعي لم يصرف فقهاء الأحناف والمالكية عن قواعدهم الأصولية الخاصة بهم. فلا معنى إذن لما يقرره هنا من أنهم اتجهوا بعد ذلك إلى وضعها وضعاً جديداً في ضوء هذه النظرية. وتحقيق هذا الأمر أن أتباع الأحناف والمالكية قد أفادوا حقيقة من التطور الفقهي في استخدام مصطلحات أكثر دقة في التعبير عن الأحكام الفقهية مثل مصطلح «الاحتباس» الذي أشار إليه المؤلف، كما أفادوا دقة هذا التطور في تقديم استدلالات وتعليلات جديدة لأحكام مذهبهم. لكن ذلك لا يعني أن تفكيرهم الفقهي كان محكوماً بمنهج يختلف اختلافاً جذرياً عن المنهج الذي وضعه الشافعي؛ فمنهج التفكير الفقهي قبل الشافعي وبعده واحد في أساسه، وإن تعدل بمجيء الشافعي وبعده بطبيعة الحال ليكتسب الدقة والإحكام في التعبير عن مقتضيات النمو الفقهي. والدليل على وحدة هذا المنهج ما يلي:

(أ) أن هذا المنهج الواحد قد حدد القرآن الكريم أساسه في آية النساء: 59 الجامعة لجوانب هذا المنهج. فهو بنص الآية يقوم على دعامتين: الأولى طاعة الله ورسوله فيما حكما به. والأخرى الرد إليهما عند التنازع، مما يعني الاعتماد على الإجماع عند عدم التنازع، والقياس عند حدوث التنازع، فهو الذي يتحقق به الرد إلى الله ورسوله؛ فالمردود إليه - كما لاحظ الشافعي - لا بد أن يكون موجوداً.

(ب) يصح أن نفهم في ضوء ذلك ما تتابع عليه المحققون من إسناد قواعد أصولية إلى فقهاء الصحابة أنفسهم والتمثيل لقواعد أصولية عديدة بأمثلة من الأحكام التي توصلوا هم إليها.

(ج) الناظر إلى كتاب محمد بن الحسن الشيباني (الحجج المبينة في الرد على أهل المدينة) الذي نشر أخيراً في الهند بحمد الله والذي ألفه هذا الإمام قبل كتابة الشافعي نظريته الأصولية لا يجد اختلافاً بين منطقه في الاستدلال ومنطق الشافعي في الأم الذي رد فيه على كتاب محمد هذا. وقد استفاد فقهاءالأحناف المتأخرون بأدلته هذه في تعضيد الأحكام الفقهية التي اختلفوا فيها مع غيرهم.

ويبرز كل ذلك أن مغالاة المؤلف في تقدير أهمية عمل الشافعي في الأصول إنما هدفه التهوين من =

هو الذي حدث، سواء تمثل الباعث الأصلي على الاختلاف في العرف العملي للبيئة أو في الرأي الفقهي أو في أي عامل آخر. لقد اختلفت مدرستا المدينة والكوفة ـ [ك] كما رأينا ـ في تقدير ما يجب على الزوج من مؤنة لمطلقته البائن أثناء عدتها؛ فيجب على الزوج في مذهب الكوفة أن يتحمل مؤنتها كلها [نفقة وسكنى]؛ على حين يتمثل حقها عند أهل المدينة في مجرد إيواء الزوج إياها في منزله، ما لم تكن حاملاً. ثم اضطر كل من فقهاء الأحناف والمالكية في الفترة (الكلاسيكية) إلى الاحتفاظ بآراء أسلافهم مع العمل على تبريرها في حدود ما صار معياراً مقبولاً لضبط حق الزوجة في النفقة، المتمثل في أن النفقة تجب على الزوج مقابل حقه في احتباس الزوجة. وقد كان كل من المذهبين معترفاً بأن إيجاب العدة لمصلحة الزوج، من حيث إنها شرعت لتحديد أبوة الطفل الذي قد تلده المطلقة. ولكن بينما اعتبر الأحناف أن العدة في ذاتها نوع من احتباس الزوج لأنشطة الزوجة، بحيث تكفي وحدها لإيجاب نفقتها عليه، فإن المالكية ذهبوا إلى أن الأمر كذلك إذا أثبتت الزوجة أنها حامل من الزوج السابق فعلاً. ومن الواضح أن الباعث الأصلي على هذا الاختلاف، وهو وجود قراءات متنوعة للقرآن في الموضوع، قد آل أمره إلى النسيان منذ أمد بعيد [22].

ويتردد كثيراً أن الاختلافات بين المذاهب السنية لا أهمية لها نسبياً إذا ما قورنت باتفاقاتهم المبدئية، وأن النظم الخاصة بكل منها متوحدة في المباني الأساسية للتشريع وأنماطه الرئيسية، فالاختلاف إنما هو في التفصيلات الثانوية فحسب.

وينبغي أن نسلم بأن تلك هي طبيعة القدر الأكبر من هذه الاختلافات؛ إذ لم تتفق المذاهب كلها ـ مثلاً ـ على التصور الأساسي القاضي بأن شرعية النسب تعتمد

= قيمة غيره، والرغبة في رجع قواعد الأصول إلى عصر الشافعي تمهيداً لتعريتها عن مصادر قوتها الحقيقية من جهة، والحكم باختلاط استدلال الفقهاء على الأحكام الشرعية من جهة أخرى.

(22) يشير المؤلف إلى قراءة ابن مسعود لآية سورة الطلاق (6): **﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم﴾** بإضافة: **﴿وأنفقوا عليهن من وجدكم﴾**.

ويبقى بعد ذلك أن نناقش المؤلف في زعمه أن الأحناف والمالكية قد أيد كل منهما وجهة نظره الخاصة في ضوء فكرة «الاحتباس» التي ظهرت مؤخراً، مع أن سبب الاختلاف الأصلي بينهما يرجع إلى قراءة ابن مسعود المثبتة للنفقة، وأن هذا السبب الأصلي «قد آل أمره إلى النسيان منذ أمد بعيد».

والحقيقة أن المتأخرين لم يغفلوا هذا السبب مطلقاً. ففي القرن التاسع ينص فقيه حنفي على التعليل لمذهب الأحناف هنا بقراءة ابن مسعود [انظر مثلاً: فتح القدير 321/3, 342]، والمؤكد أن المؤلف قد عرف هذا السبب الأصلي من كتابة الفقهاء، فكيف يظن بهم نسيانه؟

على وقوع الحمل أثناء زواج شرعي ثابت، لا على مجرد الولادة. كما تعترف هذه المذاهب بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فلا يثبت النسب الشرعي لولد أتت به أمه في الشهور الستة الأولى من زواجها. وإنما يختلفون هنا في احتساب فترة الشهور الستة، من حين وقت الزواج أو من وقت الدخول الفعلي. وإلى جانب هذا فإن القواعد الأساسية التي تحكم (حضانة) الأولاد مشتركة بين هذه المذاهب جميعاً. فبعد الطلاق أو افتراق الوالدين تختص الأم بحضانتهم، غير أنها تفقد هذا الحق إذا تزوجت من جديد أو إذا أخذت ولدها بعيداً عن رعاية الأب وضبطه، وعندئذ تنتقل الحضانة إلى أم الأم أو غيرها من قريبات الولد، حسب ترتيب متفق عليه على وجه العموم. وينحصر الخلاف بين المذاهب إلى حد كبير هنا في نهاية مدة الحضانة؛ فقد رئي أنها تنتهي بالنسبة للبنات عندما يصلن إلى سبع سنوات عند الشافعية، وإلى تسع سنوات أو ببلوغهن عند الاحناف، أو إلى زواجهن عند المالكية. ومثل هذه التفصيلات الفقهية ـ فيما قد يلاحظ ـ هي المجال الغالب للاختلاف الذي يكثر وقوعه بين فقهاء المذهب الواحد مثلما يكثر حدوثه بين المذاهب المختلفة.

ومع ذلك فهناك فروع تمثل فوارق واضحة بين مذهب وآخر، وليس من السهل اعتبارها مجرد خلافات ثانوية. ومن أمثلة ذلك اختلافهم حول موضوع الفرقة بين الزوجين؛ فعلى حين تعترف المذاهب كلها بانقضاء الزواج دون تدخل من المحكمة، إما بالطلاق يوقعه الزوج أو باتفاق الزوجين فإنها تختلف في الأسباب التي قد ينقضي بها بحكم القاضي اختلافاً بيناً. ففي المذهب الحنفي يتمثل السبب الوحيد لطلب الزوجة الطلاق في عجز الزوج عن مباشرتها تماماً نتيجة عجز جنسي[23]. غير أن الفقه المالكي يجيز للزوجة أن تبني طلبها هذا على هجر الزوج لها، أو عدم إنفاقه عليها، أو قسوته في معاملتها، أو لقصوره الجنسي (حتى إن حدث هذا القصور بعد إتمام الزواج بالدخول)، أو مرضه مرضاً مستعصياً أو مزمناً، مما يجعل العلاقة الزوجية مضرة بالزوجة[24]. وهكذا يتضح أن الخلاف هنا قائم بين مذهب لا يعترف بفسخ الزواج

---

(23) يسقط حق الزوجة في طلب الطلاق عند الأحناف إذا عاشرها زوجها ولو مرة واحدة؛ فإنما يحق لها طلب ذلك عندهم إذا كان عنيناً أو خصياً لا يستطيع إتيانها، ولم ترض بذلك. ويضيف محمد بن الحسن بعض الأمراض المستعصية مثل الجنون والبرص والجذام خلافاً لأبي يوسف وأبي حنيفة.

راجع: فتح القدير 263/3 وما بعدها والمبسوط للسرخسي: 101/5.

(24) انظر رأي المالكية في هذا الموضوع في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 277/2 وما بعدها.

قضائياً إلا بسبب «خلل» أصلي يعتري الزواج، وآخر يعترف بالتفريق القضائي، لمجموعة متنوعة من «الأخطاء» التي تلم بالعلاقة الزوجية ، والتي قد يقع فيها الزوج.

ويتضمن الميراث مثالاً آخر للاختلافات التي لا تعد من قبيل الأمور الفرعية القليلة الأهمية. فالقاعدة الأساسية للتوريث في كل المذاهب هي البدء بتوزيع الأنصباء المحددة شرعاً على أصحاب الفروض، وإعطاء باقي التركة لأقرب عاصب. ولكن عند غياب العصبات جميعاً فإن المالكية يرون أن تؤول التركة إلى بيت المال. على حين ترى المذاهب الثلاثة الأخرى أن بيت المال لا يرث إلا عند انقطاع الورثة جميعاً. ويعقب هذا الخلاف ثلاث نتائج رئيسية: أولها أن مبدأ الرد بكامله ـ وهو عود الباقي من التركة على أصحاب الفروض بنسبة أنصبائهم عند غياب العاصب ـ لا مكان له في المذهب المالكي. وثانيها أن ذوي الأرحام ـ مثل أولاد بنت الميت أو أخته يرثون في المذهب الحنفي والشافعي والحنبلي عند غياب الأقارب الوارثين بالفرض أو التعصيب على حين أنهم لا يرثون في المذهب المالكي أبداً، فهم يحجبون ببيت المال الموجودعلى الدوام. وآخرها أن تقييد سلطة التصرف بالوصية إلى ثلث التركة إنما شرع حماية لمصالح الورثة الشرعيين، فيصح لمن لم يخلف أقارب ترثه أن يوصي بجميع ماله في المذاهب الثلاثة، على حين يخضع للتحديد بالثلث في المذهب المالكي.

ويتمثل المغزى المستخلص من هذه النتائج الثلاث في أن اعتبار بيت المال وارثاً قد أعطى نظام التوريث المالكي سمته الخاص المتميز عن غيره. وهذا هو الحال غالباً، بمعنى أن في الإمكان رجع مجموعة من الخلافات بين المذاهب في الفروع إلى اختلاف أساسي معين بينها. فالنظر إلى هذه الخلافات باعتبارها دوماً خلافات جزئية في موضوعات متفرقة يشكل إغفالاً للوحدة الأساسية لكل مذهب وما ينطوي عليه من تماسك.

وفي الواقع فإن الخلاف الفقهي يصل إلى أبعاد أعمق بكثير من مجرد الاختلاف في الفروع الفقهية، وينفذ إلى أسس المنهج الفقهي في هذه المذاهب ونظرتها العامة. فقد أصبح من المعتاد إجراء التقابل بين الأحناف باعتبارهم «أنصاراً للرأي» والمالكية باعتبارهم «أنصاراً للحديث». وهناك قليل من الحق في هذا التقابل إذا قصد بهذين المصطلحين الإشارة إلى الخلاف بين هؤلاء الذين يعملون العقل الإنساني في التشريع وهؤلاء الذين يرعون سنة النبي [ﷺ] الموحى بها من الشارع؛ فقد اتخذ كلا المذهبين في فترة نمو الفقه موقفاً واحداً في هذا الصدد. وأغلب الظن أن هذا التقابل في الأوصاف مرده إلى مصادر الفقه التبعية التي يعترف بها كل من المذهبين المذكورين؛

فقد اعتبر «إجماع أهل المدينة» المالكي في الأزمنة الكلاسيكية امتداداً للسنة النبوية ـ وكان مصطلح السنة يرادف مصطلح الحديث في الاستعمال آنذاك ـ بينما ارتبط «الاستحسان» الحنفي من وجهة نظر خصومهم في الأقل بالرأي التحكمي غير المتقيد بالأدلة المعتبرة. ومن ثم فإن النظر إلى هذا التقابل في ضوء هذا الاعتبار إنما يعكس اختلافاً أساسياً في الطابع بينهما، هذا الاختلاف الذي قد تبرزه حقيقة مصادرهما التبعية المتفاوتة على نحو قد يتمثل في المتابعة المحافظة على التقاليد في الفقه المالكي وحرية الاجتهاد الفقهي السائدة في الفقه الحنفي. وتظهر مسائل كثيرة من التشريع الأسري ـ كتلك الأهمية البالغة للسلطة الأبوية في الزواج عند المالكية ـ أن الفصل بين هذين المذهبين راجع إلى أن أحدهما كان يستهدف المحافظة على التقليد الثابت، بينما كان الآخر يعمل على وضع التقاليد الفقهية التي يلتزم بها.

وثمة خلاف آخر بين المذهبين الحنفي والمالكي في مدى سلطة القانون ودور المحاكم التي تطبقه. ففي مسائل كثيرة يمثل النظر المالكي نوعاً من التناول الخلقي للمشكلات القانونية في مقابل الموقف الشكلي الذي تبناه الأحناف. فبينما يعلق المالكية أهمية كبرى على نية الشخص التي تؤثر عندهم في صحة تصرفه، يوجه الأحناف اهتمامهم أساساً إلى التصرف الظاهر نفسه.

فمذهب المالكية فيما لو أقر شخص على نفسه بدين وهو في مرض الموت أن هذا الإقرار خاضع لتقدير المحكمة، وهو صحيح ونافذ فيما لو اقتنعت المحكمة بمطابقته للواقع وأن المقر لم يقصد من تصرفه النافع للمقر له إلى الإضرار بورثته الشرعيين. بينما لا نجد لدى الأحناف أي اتجاه للتحقق من نية المقر على هذا النحو؛ فالأساس عندهم أن الإقرار صحيح إذا كان لشخص من غير الورثة، وغير صحيح إذا كان لوارث[25].
ومن الباب نفسه أن مانع الزواج الذي ينشأ بين الزوج ومطلقته المبتوتة منه بثلاث تطليقات لا يزول إلا بزواجها من غيره، ودخول هذا الغير بها، ووقوع الفرقة بينهما بعد ذلك بطبيعة الحال. غير أن المالكية يرون أن لنية الزوج الثاني أهمية بالغة، بحيث لا يزول المانع إذا ثبت لدى المحكمة أن قصده كان هو مجرد تمكين الزوجة من الرجوع إلى زوجها الأول[26]. وعلى العكس من ذلك يرى الأحناف أن البحث في نية هذين الطرفين أمر خارج عن ولاية المحكمة. فيفيد الزواج الثاني عندهم إزالة المانع في كل

(25) الزيلعي 26.0245 والهداية: 190/3.
(26) بداية المجتهد 65/2 ط. لاهور.

حال ما لم يكن هذا هو الهدف المعلن عنه صراحة [27]. وتبدو هذه الشكلية المنهجية للفقه الحنفي جلية على نحو خاص في موقفه من موضوع الحيل الفقهية، كما سنرى فيما بعد[ل].

إن الأحاديث النبوية لهي في الغالب تعبير عن المعايير الخلقية أكثر منها تحديدات للأحكام القانونية. فالتناول الخلقي للمسائل الفقهية يغلب دائماً لدى أولئك الذين يعتبرون الأحاديث هي المقياس النهائي للسلوك[م]. ومن ثم فليس مثيراً للدهشة أن يكون الحنابلة هم الذين ذهبوا أبعد من غيرهم في محاولة توحيد رافدي الأخلاق والقانون المتعانقين في الشريعة. ففي الفقه الحنبلي ـ مثلاً ـ أن القرض بفائدة باطل لذاته تماماً، لسبب بسيط هو حرمة الربا، على حين يرى المالكية والشافعية أن القرض بفائدة باطل أيضاً، ولكن لسبب قانوني أكثر فنية، هو أن العقد قد اختل في أساسه وجوهره، بمعنى أن الاتفاق المتبادل للمتعاقدين قد ورد على تصرف غير مشروع. أما الفقه الحنفي فإنه يطبق قاعدته المشهورة في الفصل بين أصل التصرف ووصفه[28]،

---

(27) فتح القدير 177/3.

(28) لتوضيح قاعدة الأحناف في التفريق بين الأصل والوصف ـ بإيجاز شديد ـ فإنه يلزم أن نشير إلى تقسيمهم المعروف للمنهي عنه إلى قسمين:

أولهما: المنهي عنه لعينه (وضعاً) كالكفر، لأن قبح كفران المنعم مركوز في العقل قبل ورود الشرع، وكالظلم والكذب واللواط، أو (شرعاً) كبيع الحر فإنه ليس مالاً، ومحل البيع المال، وكالزنا وشرب الخمر. ولا خلاف بين الفقهاء في عدم شرعية هذا النوع مطلقاً وأن حرمته لا تقبل النسخ.

والثاني: المنهي عنه لغيره كالنهي عن البيع وقت النداء والصلاة في الأرض المغصوبة؛ فكل من هذين التصرفين صحيح في أصله، اتصل بمعنى زائد عليه. غير أن هذا المعنى إن قبل الانفكاك عن الأصل فهو (المجاور) كالمثالين السابقين؛ فالصلاة تنفك عن المكان وهو الأرض المغصوبة، والبيع ينفك هنا عن الزمان وهو الوقت المخصوص بالنداء. والشافعية مع الأحناف على أن مثل هذا المجاور لا يغير صحة أصل الفعل، وإن اقتضى الكراهة. أما إذا كان المعنى الزائد ملازماً للأصل لا ينفك عنه مثل البيع المشتمل على الزيادة الربوية أو البيع بالشروط المفسدة فإن الاصطلاح عليه بالوصف، وهو هنا الزيادة الربوية والشرط الفاسد.

ويمكن في ضوء هذا التقسيم فهم الخلاف بين الأحناف والشافعية في مقتضى النهي أصلاً. وعلى حين يتفق الفريقان في إفادته (النهي) البطلان والقبح الذاتي إذ تعلق بالأفعال (الحسية) كالزنا وشرب الخمر، فإنهما يختلفان في مقتضاه الأصلي إذا تعلق بالتصرفات (الشرعية)، أي التي لها وجود حسي وشرعي كالبيع. فعند الأحناف أن النهي هنا يفيد كون التصرف من قبيل المنهي عنه لغيره إلا أن توجد قرينة تصرفه إلى المنهي عنه لذاته. وهكذا يفيد النهي الفساد ما لم تصرفه قرينة إلى البطلان. ومذهب الشافعية عكس ذلك. فالنهي يفيد البطلان ما لم تصرفه قرينة إلى الفساد أو الكراهة. =

ليبطل كل الشروط المخالفة كشرط الفائدة هنا، وليعتبر ما يبقى من التعاقد، وهو هنا القرض بدون الفائدة، تصرفاً صحيحاً. ومن الطبيعي أن تحكم هذه المواقف المختلفة الإجابة عن السؤال التالي: أمن الواجب على المقترض ـ في هذه الحال ـ أن يرد ما تسلمه من المقرض إليه فوراً؟ أم أن له أن ينتفع به ويرده عند حلول الأجل؟.

ويكشف مثل هذا التتبع عن المدى الحقيقي للتباعد بين المذاهب المختلفة، بحيث تتبدى كما هي في واقع الأمر نظماً مستقلة تشكلت خصائص كل منها من ظروف نشأته. ومن ثم فإن التقويم الموضوعي لطبيعة الخلاف بوجوهه المتنوعة كلها هو الذي يكشف النقاب عن نظرية الأصول التقليدية، وهو مفتاح فهم التطور التاريخي للتشريع الإسلامي في القرون الثلاثة الأولى للهجرة.

ومع أن العلاقة بين هذه المذاهب في العمل القانوني سوف تناقش(ن) فيما بعد على نحو أكثر ملاءمة فقد يكون من المناسب هنا أن نشير إلى استقرار التوزيع الجغرافي لها في العصور الوسطى، حيث كانت المحاكم في البقاع الإسلامية المختلفة قد انتهت بالتدريج إلى تطبيق فقه مذهب معين من هذه المذاهب دون غيره. والواقع أن هناك عوامل مختلفة قد حكمت التوزيع الطبيعي للمذاهب. فقد ينتشر مذهب ما بتأثير مراكز التعليم، أو بسبب فرضه رسمياً في مجتمع معين بواسطة السلطة السياسية ـ ونذكر هنا بأن المتقاضين في «دار الفيل» لم يمكن لهم أنفسهم خيار في المذهب المطبق في قضيتهم(س) ـ أو لأن الجماهير قد توارثته عن أسلافها الذين تبنوه عند دخولهم في الإسلام، تأثراً بالدعاة أو التجار المتنقلين على طرق التجارة المعروفة. ومن ثم يمكن القول عموماً بأن الفقه الحنفي قد غلب في الشرق العربي وشبه القارة الهندية، كما غلب الفقه المالكي في شمال أفريقيا وغربها ووسطها، والفقه الشافعي في شرق أفريقيا والجنوب العربي وجنوب شرق آسيا. ولم ينجح المذهب الحنبلي [29] أبداً في

= وأهم ما يترتب على هذا الخلاف هو التفريق بين الفساد والبطلان في مقابل ترادفهما عموماً عند الشافعية إلا في استثناءات محدودة ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر ص 286. انظر في ذلك: فتح الغفار لابن بخيم 77/1 إلى 84، وأصول الشاشي (نشر مكتبة إمدادية ـ ملتان ـ باكستان) ص 46 إلى 48، وجمع الجوامع لابن السبكي (طبعة عيسى البابي الحلبي) 396/1 إلى 398.

(29) تغلب المذهب الحنبلي في بغداد في القرن الرابع الهجري، وانتشر بكثير من بلاد الشام، وتأخر ظهوره بمصر ظهوراً بيناً إلى القرن السابع الهجري، كذلك انتشر في بعض بلاد إقليم خوزستان. انظر في ذلك: نظرة تاريخية في حدوث المذاهب الأربعة.. أحمد تيمور باشا والمراجع التي أشار إليها من ص 88 إلى 93.

اكتساب أية سيادة إقليمية حقيقية حتى تبنت الحركة الوهابية معتقداته في القرن الثامن عشر الميلادي، فغدا هو التشريع الرسمي للمملكة العربية السعودية إلى اليوم.

ومن ثم فإنه بالرغم مما قد تبدو عليه المذاهب الأربعة من تباين في أحكامها وفي توجيهها للعمل القانوني على نحو عام فإنها قد تلاحمت وتآلفت معاً في فلسفة التشريع الإسلامي، باعتبارها أوجهاً متلازمة في الكشف عن حقيقة واحدة، هي حكم الشارع. وتجد هذه الفلسفة المصوبة للمذاهب جميعها ـ تلك التي تقدم من زاوية النظر الموضوعي التاريخي تبريراً للخلافات الفقهية وتهون من شأنها في ضوء اشتراك هذه المذاهب جميعاً في أصول واحدة ـ عرضاً واضحاً ومتقبلاً لها في ميزان[30] «الشعراني» المؤلف قريباً من سنة 1530 م [937 هـ]. وهو يؤكد في هذا الكتاب أن الاختلافات بين المذاهب هي مجرد نتائج للاعتماد على الحكم المشروع عند غياب الحكم الظاهر للنص الشرعي. وما دام الشارع قد أتاح للنظر الإنساني مجالاً فسيحاً في تحقيق مبادئه الأساسية وتأويلها فإن اختلافات الرأي قد تفسر جميعها في حدود معيار واحد، هو التشدد النسبي أو التيسير في التأويل. ومن ثم فإن الشعراني يفضل الحديث عن «التوسعة» في التأويل بدلاً من «الاختلاف». وقد نجد موقفاً يوازي هذا النوع من النظر إلى حد كبير في التراث اليهودي تجاه مدرستي «التشريع التلمودي»[31] اللتين

(30) هذا الكتاب هام للغاية في تقدير العلاقة بين المذاهب الفقهية المختلفة. ويعبر صاحبه عن هدفه منه في قوله: «فهذه ميزان نفيسة حاولت فيها ما بنحوه يمكن الجمع بين الأدلة المتغايرة في الظاهر وبين أقوال جميع المجتهدين ومقلديهم من الأولين والآخرين إلى يوم القيامة كذلك» [ص 3]. ويقرر المؤلف جدة ميزانه هذه وأن أحداً لم يسبقه بها وأنها حظيت برضا كبار علماء عصره، فيقول: «لم أعرف أحداً سبقني إلى ذلك في سائر الأدوار، وصنفتها بإشارة أكابر أهل العصر من مشايخ الإسلام وأئمة العصر بعد أن عرضتها عليهم من قبل» [ص 3]، وتتلخص وجهة نظره في اتصال أقوال المجتهدين على اختلافها بعين الشريعة، «فما من حكم استنبطه المجتهد إلا وهو متفرع من الكتاب أو السنة أو منها معاً».

ويستنتج من ذلك أن جميع أقوال المجتهدين لا تخرج عن ثلاثة احتمالات: التوسط وهو صلب ميزانه، ثم على طرف منه الرأي المتشدد وهو العزيمة وعلى الطرف الآخر الرأي الميسر وهو الرخصة. لكن ذلك التفاوت ليس على سبيل التخيير بل على سبيل الترتيب الوجوبي، فلا يصح لمن قدر على فعل العزيمة أن ينزل إلى الرخصة. ولم يكتف الشعراني بهذا البيان النظري بل تتبع اختلافات العلماء في أغلب الأبواب الفقهية وراح يوضحها في ضوء ميزانه. الميزان الكبرى طبعة الحلبي وبهامشه رحمة الأمة في اختلاف الأئمة لمحمد بن عبد الرحمن الدمشقي.

(31) التلمود كتاب اليهود الذي يضم ما توارثوه من أحكام نشأت من دراساتهم للتوراة وتعليقاتهم. وقد جمعت هذه التعليقات أول ما جمعت في كتاب أسموه «المشنا»، ألفه يهودا حكا دوش ما بين سنة 135 ألى 210 عبرية، وقد ضمنه أحكام الزراعة والأعياد السنوية والمرأة والضحايا =

تلتحق جهودهما معاً بنصوص الشرع نفسه، حتى قيل بأن القانون التلمودي بهذا يعلن عن فلسفة تعدد الحق على نحو واضح وصريح. فبما أن الاجتهادات الإنسانية في أفضل أحوالها ناقصة وقاصرة فإن حكمين متعارضين - أو أكثر - في تصرف واحد قد يتساويان في النظر العقلي والعمل بموجبهما(ع). وقد عبر التشريع الإسلامي عن هذا المفهوم ذاته على نحو بليغ بعبارة نسبت للنبي [ﷺ]: «اختلاف[32] الرأي في أمتي من آثار رحمة الله»[33].

= والقرابين والطهارة. ثم صدرت بعض التعاليق على المشنا بمرور الزمن، فتألف كتاب آخر هو «الجمارة». ومن الاثنين معاً تكون التلمود. غير أن «الجمارة» اختلفت في بابل عما لأهل فلسطين منها، نظراً لاختلاف التفكير في كل من هاتين المدرستين. وبناء على ذلك اختلف تلمود بابل عن تلمود فلسطين، وإن قبلت كل من المدرستين تفكير الأخرى.

(32) أشارة إلى المشهور على ألسنة الناس بعبارة: «اختلاف أمتي رحمة». وتصمت كتب السنة عن ذلك. غير أن ابن عابدين قد عني بتخريجه في الحاشية. وأنقل هنا نص عبارته، يقول: «رواه البيهقي بسند منقطع عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما بلفظ قال رسول الله ﷺ: مهما أوتيتم من كتاب الله فالعمل به لا عذر لأحد في تركه فإن لم يكن في كتاب الله فسنة مني ماضية، فإن لم تكن سنة مني فما قال أصحابي إن أصحابي بمنزلة النجوم في السماء فأيما أخذتم به اهتديتم، واختلاف أصحابي لكم رحمة. وأورده ابن الحاجب في المختصر بلفظ (اختلاف أمتي رحمة للناس). وقال منلا على القارىء: إن السيوطي قال أخرجه نصر المقدسي في الحجة، والبيهقي في الرسالة الأشعرية بغير سند، ورواه الحليمي والقاضي حسين وإمام الحرمين وغيرهم، ولعله خرج في بعض كتب الحفاظ التي لم تصل إلينا» حاشية ابن عابدين 46/1.

(33) يحسن أن أشير في آخر هذا الفصل - الذي عقده المؤلف لبيان تطور الخلاف الفقهي وأثره في التطبيق القانوني - إلى بعض الملاحظات العامة التي قد تيسر تقدير ما عرضه المؤلف هنا.
لقد بدأ المؤلف هذا الفصل بتلك الصور التي مثل بها الشعراني لحقيقة الاتفاق والاختلاف في الأحكام الشرعية وختمه بالإشارة إلى قيمة نظرية الشعراني التي ضمنها كتابه «الميزان الكبرى»، وفيما بين بداية الفصل ونهايته يحاول تقديم تقويم موضوعي واقعي لحقيقة الاختلاف بين المذاهب.
وينطلق المؤلف في تقويمه هذا من اعتقاده بأن التسليم بنظرية الشافعي الأصولية قد حتمت على المذهبين الحنفي والمالكي مراجعة آرائهما في ضوء هذه النظرية والتعبير عن أدلتهم حسب مقرراتها، وإن اضطر أتباع هذين المذهبين إلى التمسك بقواعد أصولية ينفرد بها كل منهم عن غيره. ويتجلى ذلك في المصادر التبعية التي أنكرها الشافعي بعامة؛ إذ استمر الأحناف على العمل بالاستحسان، على حين رأى المالكية حجية الاستصلاح وإجماع المدينة. وفي رأي المؤلف أن هذا أهم ما يعبر عن الخصائص المميزة لكل مذهب عن غيره، وأن الخلافات الكلامية هي التي ساعدت على إذكاء الخلاف بينها وتفجيره بتلك الصورة الفاجعة أثناء تلك الفتن التي حدثت بين أتباع المذاهب، كتلك التي تكرر وقوعها في بغداد في القرن الخامس الهجري.

= ثم أدى التقارب بين المذاهب في التفكير الأصولي وانحسار الدافع الكلامي إلى تقليل الخلاف بين هذه المذاهب، ومن ثم استطاع الفكر الفقهي أن يقدم هذا التصور الذي عبر عنه الشعراني أخيراً.

وربما كانت محاولة المؤلف في هذا الفصل من النوع الذي يستحق الالتفات والتقدير، وإن تطلبت في كثير من جوانبها إعادة ترتيبها على نسق مختلف أكثر بساطة وتوافقاً مع الواقع.

ومن البدء بما قبل وضع الشافعي أصوله فإن من الواضح أن الأحناف والمالكية كان لهم تفكير أصولي أقاموا عليه مذهبيهما. يتأكد هذا بالنظر إلى ما اشتمل عليه القرآن نفسه من تحديدات عامة لطرق استنباط الأحكام، كما يتأكد بالنظر إلى مسلك الصحابة في الاستنباط والتعليل، ويبدو في وثائق كثيرة مثل كتاب الحجج المبينة للشيباني والخراج لأبي يوسف بالنسبة للأحناف كما يبدو هذا المنهج الأصولي بالنسبة للمالكية في رسالة الإمام مالك لمعاصره فقيه مصر الليث بن سعد، التي تضمنت تفصيلات منهجية عديدة.

وكان فضل الشافعي الذي لا ينكر هو جمعه شتات هذا المنهج وإعادة تركيبه على نحو ضمنه القواعد المتفق عليها، مستبعداً منه العناصر التي أثارت اختلافاً حاداً بشأنها، والتي لم تعد تتفق مع المقاصد التي أعلنها الفقه، تلك المقاصد التي تتمثل في تحقيق وحدة النظر الفقهي، واستناد أحكامه إلى نصوص الشرع مباشرة، إما باتباع ما هو منصوص على حكمه، أو بالقياس على الأحكام التي تضمنتها النصوص.

وقد أفاد فقهاء الأحناف والمالكية بطبيعة الحال من رسالة الشافعي، وإن لم يجدوا ما يدعوهم إلى تغيير موقفهم من مصادرهم التبعية الخاصة بكل مذهب منهما، فإن هذه المصادر لا تتناقض بذاتها مع الأدلة الأساسية؛ فقد يصل الشافعي بالقياس إلى حكم وصل إليه الأحناف بالاستحسان أو المالكية بالاستصلاح. وهكذا فإن الغزالي الذي عد المصلحة المرسلة من الأصول المتوهمة لم يفته أن يقرر رجوع الأحكام الشرعية في جملتها إلى أنواع المصالح المتعددة (الضرورية والحاجية والتحسينية)، متسقاً في كلا الجانبين مع شافعيته، وكانت آراؤه ذات أثر كبير فيمن جاءوا بعده من علماء الأصول بصرف النظر عن مذهبهم الخاص، حتى لا يخطىء الناظر في المؤلفات الأصولية المتأخرة عن المستصفى عند الحديث عن المصلحة عبارات الغزالي في المصلحة وتقسيماته لها واستدلاله عليها وترجيحاته بينها، وأعظم نموذج لذلك كتاب الموافقات الذي عني فيه الشاطبي المالكي بالمقاصد الشرعية وإن احتوى مباحث أصولية على قدر كبير من الأهمية، متمثلاً إلى حد كبير الأساس الذي قام بوضعه الغزالي الشافعي في بيان هذه المقاصد.

وهكذا فإن الاتفاق قائم بين المذاهب الأربعة في أساس النظر الأصولي. وكان ذلك الاتفاق مسؤولاً عن روح التسامح بين الفقهاء من البداية، وإن غشيته أحياناً الخلافات الكلامية التي تعتبر السبب الجوهري لإثارة تلك الفتن بين المذاهب. وقد اختفت هذه الخلافات بعد انقراض المعتزلة وتغلب الأشاعرة منذ القرن الخامس، فعادت روح التسامح بين أتباع المذاهب كما كانت. وفي ضوء ذلك لا تعد نظرية الشعراني جديدة أبداً، فقديماً قال أحد الفقهاء: رأينا صواب يحتمل الخطأ ورأي غيرنا خطأ يحتمل الصواب.

الفصل الثامن

النظم الفقهية للفرق في الإسلام

تتحدث مذاهب أهل السنة الأربعة عن المسألة الدستورية البالغة الأهمية لطبيعة السلطة السياسية وولاياتها في الدولة الدينية (الثيوقراطية)[1] بصوت واحد. فمعتقدهم في الخلافة ـ وهي في أهم ما تتميز به منصب يختص به فرد من قبيلة قريش[2] باختيار

---

(1) الدولة الثيوقراطية نمط خاص من الحكم الإلهي الذي يمثله رجال الكهنوت أو زعماء روحيين مقدسين، لا تصح مخالفتهم في تعبيراتهم عن هذا الحكم. وقد عبر جيمس الأول ملك انجلترا عن طبيعة هذا النوع من الحكومة بتصريحه أن القانون في صدره. وبالنظر إلى هذا المفهوم فإن الدولة الإسلامية ليست كذلك مطلقاً؛ فليس في الإسلام كهنوت، ولا تسند العصمة للإمام في نظر أهل السنة. انظر تحرير الدكتور محمد ضياء الدين الريس للموضوع في كتابه «النظريات السياسية الإسلامية» ص 377 الطبعة السادسة 1976 مكتبة دار التراث. وقد انتهى محمد أسد في كتابه «منهاج الإسلام في الحكم» إلى نتيجة مماثلة [ص 51]. ولئن مال الأستاذ المودودي إلى وصف الحكومة الإسلامية بالثيوقراطية فإنه اضطر لتقييده بقيود عديدة وصلت بنتيجته إلى التماثل مع ما قرره الأستاذان السابقان. انظر كتاب «نظرية الإسلام وهديه في السياسة والقانون والدستور» للأستاذ المودودي ص 34 وما بعدها، طبع مؤسسة الرسالة، 1400 هـ.

(2) نقل الماوردي الإجماع على هذا الشرط «لورود النص فيه» ثم يقول: «ولا اعتبار بضرار حين شذ فجوزها في جميع الناس» [الأحكام السلطانية ص 6]. ومع ذلك يعتبره ابن نجيم شرطاً خلافياً تعددت فيه آراء العلماء. انظر كتابه: الأشباه والنظائر ص 388. وقد حقق المرحوم الريس في كتابه السابق الذكر هذه المسألة تحقيقاً دقيقاً [ص 54 وص 296] أشار فيه إلى مذهب أبي بكر الباقلاني وإمام الحرمين الجويني وابن خلدون الذين استبعدوا هذا الشرط =

ممثلي الأمة الشرعيين له - يقوم على اعترافهم بإمامة خلفاء المدينة [الراشدين] والخلفاء الأمويين والعباسيين[3]. غير أن هناك طائفتين من المسلمين هما الخوارج والشيعة لم توافقا على ما حدث من تطور تاريخي لنقل السلطة ولم تسانداه، وقد رفضتا معاً منذ ظهورهما حزبين سياسيين متميزين أثناء الفتنة الكبرى التي حدثت بين علي ومعاوية (656 - 661 م) [36 - 41 هـ] أن يقبلا بمطالب معاوية المنتصر في الحرب ومن خلفه من رجال البيت الأموي في استحقاق الخلافة. وهذا هو مقدار الاتفاق بين هاتين الطائفتين فحسب؛ فعلى حين أنشأ أنصار علي «الحركة الشيعية» ورأوا رجوع السلطة السياسية بعده إلى فروعه من زوجته فاطمة بنت النبي [ﷺ]، وهي الوحيدة التي بقي لها ولد من سائر بناته [ﷺ]، فإن الجماعة الأخرى المتمثلة في «الخوارج» قد أعلنت عن عداوتها للطرفين المتحاربين جميعاً باغتيالهم علياً ومحاولتهم اغتيال معاوية. .

وكذا رفضوا انحصار الخلافة في قريش أو في نسل النبي [ﷺ] نفسه باعتبار ذلك شرطاً أساسياً [كما ذهب إليه غيرهم]، ليروا أن كل ما يشترط في الإمام هو أن يكون مسلماً ورعاً قادراً على القيام بأعباء الإمامة.

وإلى جانب ذلك فقد انشقت كل من هاتين الطائفتين عن الأخرى وعن الجمهور في موضوع طبيعة السلطة السياسية نفسها؛ فقد انتهى الشيعة إلى الاتفاق على اعتبار الإمامة نوعاً من الحق الإلهي، وأن الحاكم يستمد سلطانه من النص عليه طبقاً للوحي الإلهي الذي يحصر انتقالها في نسل النبي [ﷺ]. أما الخوارج فقد رأوا من جانبهم أن الحاكم يجب أن تنتخبه الأمة باختيارها وأن لها أن تقيله إذا لزم ذلك. ومن ثم أخذ الافتراق بين المسلمين شكل طائفتين غاليتين احتلت كل منها طرفاً مقابلاً للمركز الوسط الذي احتلته الغالبية العظمى المتمثلة في أهل السنة؛ فقد تمسك الشيعة في جمود بمبدأ التفويض الإلهي أو النص كأساس للسلطة السياسية، ونادي الخوارج بنظام أكثر تحرراً وديموقراطية. وبانفصال مجتمعات الشيعة والخوارج عن أهل السنة

= بتأويل النصوص الواردة فيه. ومن المؤكد أن خلافة كالخلافة العثمانية لم يكن لها أن تقوم بتأييد أهل السنة مع اعتدادهم بهذا الشرط.

(3) يردد المؤلف هنا ما زعمه أرنولد في كتابه الشهير The Caliphate من أن النظرية التي قبلتها غالبية المسلمين كانت نتيجة الواقع، وأنها وضعت لتبرير النظام السياسي القائم الذي قبلته هذه الأغلبية. وقد اهتم الدكتور الريس بتفنيد هذا الخطأ والرد عليه في كتابه الذي أشير إليه آنفاً ص 105. وخلاصة ما قرره أن الفقهاء إنما تطلعوا إلى عهد الراشدين المثالي لا إلى عهود الأمويين والعباسيين التي قاوم الكثيرون منهم أخطاءها، واشتركوا في كثير من الثورات ضدها.

انفصالاً روحياً - إن لم يكن مادياً دائماً - فإنه كان من الطبيعي أن يصلوا إلى تأليف مذاهب فقهية خاصة بهم. وهدف هذا الفصل بيان مدى تأثير المبادىء الدستورية - إن صح وجود تأثير لها على الإطلاق - على جوهر التفكير الفقهي الخاص بهما وطبيعته العامة حتى تميز عن مثيله عند أهل السنة.

لم تكن هناك حواجز جغرافية أو ثقافية تفصل هاتين الطائفتين عن أهل السنة خلال القرنين السابع والثامن الميلاديين [الأول والثاني الهجريين]، ومن ثم فإن تطور فقه كل منهما قد توافق مع التفاعل العام للتطور التاريخي الذي سبق بيانه في الباب الأول من هذا الكتاب. وقد سعى فقهاء المذهبين الخارجي والشيعي إلى تحقيق الغاية التي عمل لها فقهاء أهل السنة بذاتها، كما كانت مادة التشريع الأساسية [الوقائع] والأعراف المحلية والأعمال الإدارية واحدة عند الجميع؛ وإلى جانب ذلك فإنهم التقوا في المنهج العام للاجتهاد الفقهي؛ وخضعوا للمؤثرات نفسها وظهر لديهم أيضاً اتجاه إلى نسبة آرائهم لأئمتهم في الأجيال السابقة؛ فلم يكن غريباً لهذا أن يظهر فقههم في القرن التاسع [الثالث الهجري] متفقاً مع فقه أهل السنة في الطابع العام وفي الاعتراف بالمقررات الأساسية ذاتها، وأن تأتي صياغته في النمط التأليفي الذي صاغ فيه فقهاء أهل السنة فقههم.

والواقع أن المذاهب الفقهية للفرق - بصرف النظر عن نشأتها المستقلة تماماً - قد لجأت غالباً إلى استعارة أحكام تبلورت في المذاهب السنية على نحو مباشر. وقد بين شاخت هذا الجانب على نحو مقنع(ف). غير أنه من الصعب الاتفاق مع هذا العالم الثقة في قوله: «إن مذاهب الخوارج والشيعة لا تختلف عن مذاهب أهل السنة الفقهية بأكثر مما تختلف هذه الأخيرة فيما بينها»(ص). إذ بالرغم من أن هذا صحيح في عمومه بالنسبة لفقه الخوارج فإن لفقه الشيعة في شكله النهائي خصائص معينة تميزه وتبدو في تعارض حاد مع المبادىء الفقهية المعترف بها في المذاهب السنية عموماً.

وفيما يتصل بالفكر التشريعي فإن المنهج الأصولي لدى الفرق إنما يعبر - كمثيله عند أهل السنة إلى حد كبير - عن تصور نظري لمصادر الفقه أكثر من كونه تسجيلاً للواقع التاريخي لهذه المصادر. ولا حاجة بالمرء لتأكيد ذلك أن يذكر أن كلاً من الشيعة والخوارج قد اعتبر القرآن والسنة المادة الأساسية للوحي الإلهي، وإن كانت الروايات المقبولة للسنة لدى كل منهما تختلف أحياناً في أمور أساسية جديرة بالاعتبار عن

الروايات المقبولة لدى فقهاء أهل السنة بوجه عام. وقد انتهى الأمر بهاتين الفرقتين إلى أن صارت لهما مصنفات في السنة تخصهما وتتميز عن المجموعات الأساسية المقبولة لدى أهل السنة وتوافق معايير الرواية الصحيحة الخاصة بكل منهما. ومن أهم المعايير النقدية للشيعة أن تكون رواية الحديث عن طريق أحد أئمتهم المعروفين. وفيما عدا ذلك فإن الفكر الأصولي قد تطور لدى الشيعة على نحو خاص بهم؛ إذ بينما اتفق الخوارج مع أهل السنة على أن المبادىء المتمثلة في الوحي الإلهي قد تتسع لحل مشكلات جديدة عن طريق الاجتهاد الفقهي - وإن تحددت صوره في أصول هذه الفرقة على نحو أقل صرامة - فإن غالبية الشيعة قد رفضوا هذا الدور الذي منحه الآخرون للعقل الإنساني، ورأوا أن التوسع في الأحكام الفقهية بحيث تشمل الأحوال الجديدة إنما هو من شأن أئمتهم الملهمين من الله[4].

ومن الضروري أن نشير هنا في إيجاز إلى البناء التركيبي للحركة الشيعية. فإن

---

(4) قرر المؤلف أن فكر الشيعة الأصولي قد تطور على نحو خاص بهم، ثم بين هذه الخصوصية في إنكارهم دور العقل الإنساني في استنباط أحكام فقهية جديدة استغناء عن ذلك بمبدأ عصمة الأئمة. . وإذا استعرضنا كتاب «مبادىء الوصول إلى علم الأصول» الذي ألفه أصولي شيعي هو الحسن بن يوسف ابن المطهر الحلي (ت 726 هـ) والمنشور في النجف سنة 1390 هـ لتقويم هذه الدعاوي فسنجد ما يناقضها تماماً. وأوضح ذلك فيما يلي:

أولاً: لا تختلف الموضوعات التي تضمنها هذا الكتاب عن الموضوعات التي نبحثها كتب أصول أهل السنة، ولا يبعد ترتيب بحثها عن الترتيب الذي نجده عند أهل السنة أيضاً. وتكاد تكون المصطلحات واحدة. وتتردد هنا الآراء التي أنكرها أهل السنة مضافة إلى أصحابها بذاتهم مع الرد عليها بالأدلة التي وجهها أهل السنة أيضاً، وذلك مثل «إنكار أبي مسلم الأصفهاني وجماعة من اليهود للنسخ». الأمر. الذي يرده الحلي بالأدلة الموجزة ذاتها التي نقرؤها في مؤلفات أهل السنة.

ثانياً: من الناحية الموضوعية تتردد نسبة آراء معينة إلى الأصوليين من أهل السنة أو ممن أسهم من غيرهم في تنمية الفكر الأصولي لدى أهل السنة؛ فأبو حنيفة والشافعي وأبو بكر الباقلاني وأبو الحسين البصري من الأسماء التي يذكرها الحلي كثيراً ويرجح آراءها أحياناً.

ثالثاً: تجد في هذا الكتاب أيضاً سمة عامة عانى منها التأليف الأصولي الخاص بأهل السنة كذلك، أعني خلط المباحث الأصولية بمباحث علم الكلام، مثل قضية الحسن والقبح، وتكليف الله بالمستحيل أو استحالة مثل هذا التكليف، بفارق واحد وهو ميل الحلي - والشيعة عموماً - إلى آراء المعتزلة مقابل أخذ علماء الأصول السنيين في الفترة التي عاش فيها الحلي بترجيح رأي الأشاعرة.

والحاصل أن الشيعة لم يطوروا لأنفسهم فكراً أصولياً خاصاً بهم، ولم ينكروا دور العقل الانساني في فهم النصوص واستنباط أحكام الوقائع الجديدة. وهو الأمر الذي سيعود المؤلف إلى الاعتراف به بعد قليل.

الجدل حول موضوعات تاريخية متنوعة تتصل بمن هو أولى بالإمامة من بين أهل البيت النبوي قد قسم جماعة الشيعة إلى طوائف متعددة لا تختلف فقط في أشخاص الأئمة الذين يدينون لهم بالولاء بل في آرائهم حول طبيعة الإمامة نفسها أيضاً. وأهم هذه الطوائف من وجهة النظر الفقهية ثلاث: الزيدية والإسماعيلية، وهما طائفتان صغيرتان، ثم الإمامية أو الاثنا عشرية، وهي أكبر طوائف الشيعة وأبرزها. فأما الزيدية فإن حجية الإمام عندهم لا تسمو على حجية غيره من الناس، فهو مختار من الأمة على أساس كفاءته الشخصية، وليس له من رابطة تصله بالله أكثر قوة مما يزوده به الاهتداء بهديه وشريعته. ومن جهة أخرى ذهبت الإسماعيلية والاثنا عشرية إلى أن الإمام وإن عينه السابق عليه في الظاهر هو معين في الواقع بتعيين الله له، كما أنه في رأيهم يضم في شخصه شيئاً ما ذا طبيعة إلهية. وبينما استمر الأئمة الإسماعيليون في تسلسل لا ينقطع منذ عهد عليّ إلى الوقت الحاضر فإن الاثني عشرية قد أخذوا هذه التسمية لكونهم لا يعترفون إلا باثني عشر إماماً فقط، اعتزل آخرهم دنيا الناس في عام 874 م [261 هـ] واختفى ليظهر من جديد عندما ينتهي أجل[ق] غيابه. ونظراً لأن كل طائفة من هذه الطوائف الثلاث لها نظامها الفقهي المتميز عن غيره فإن مصطلح «الفقه الشيعي» ينبغي ألا يستخدم إلا على نحو من التوسع والتعميم، وهو عند خلوه من التقييد لا يكاد يدل على معنى محدد مثلما هو الحال في مصطلح «الفقه السني».

ومع هذا كله وباستثناء الزيدية فقط فإن معتقد الإمامة يسيطر على «الفقه الشيعي» إلى درجة أنه قد أثمر مفهوماً للقانون والعلاقة بينه وبين السلطة السياسية الحاكمة يختلف في أساسه عن المفهوم السائد بين أهل السنة. فالسلطات الإدارية المسندة إلى الخليفة السني إنما يجب أن تمارس في إطار الحدود التي وضعها القانون، نظراً لأن الخليفة مقيد بهذه الحدود مثل غيره من سائر رعيته[5]. أما السلطة التشريعية ـ بالمعنى الحقيقي للمصطلح ـ فتتمثل في إمام الشيعة نفسه الذي يحكم بما له من حجية مطلقة مستمدة من الشارع الإلهي نفسه. ويتمثل اختلاف الفريقين من الناحية السياسية بين حكومة دستورية[ر] وأخرى مطلقة ، ومن الناحية القانونية بين نظام تشريعي ثابت في أساسه وإن تضمن محاولة العقل الإنساني للكشف عن حكم الشرع، وآخر يدعى كونه التعبير المباشر المتجدد عن هذا الحكم.

---

(5) وهذا هو الذي تختلف فيه الدولة الإسلامية ـ في نظر أهل السنة في الأقل ـ عن الدولة الثيوقراطية.

وقد ترتب على هذا أن الإجماع ـ سواء باعتباره مصدراً أصلياً للتشريع أو معياراً يضبط حجية النظر الإنساني ـ لا مكان له في أصول الشيعة[6]، حيث تحل حجية الإمام محل الرأي المجمع عليه، وحيث يتباين مفهوم العصمة تبايناً تاماً مع المفهوم السني الخاص بظنية بعض الأحكام التشريعية والذي يتسع لقبول الاختلافات المتساوية الحجية حولها. أما الخوارج والزيدية فقد قبل كل منهما بحتمية دور العقل الإنساني في التشريع، ومن ثم فإنّ الإجماع يلعب عند كل منهما الدور نفسه الذي يضطلع به في فقه أهل السنة إلى حد كبير، برغم أنهم، وهذا أمر طبيعي، يعتدُّون بآراء علمائهم وحدهم في انعقاد مثل هذا الإجماع، وإن كان اعتراف الخوارج بإجماع مجتمع المدينة قبل الفتنة قد أسهم في إكساب فقههم خصيصة أخرى تميزه عن «فقه الشيعة» الذين ذهبوا إلى أنه ليس من الممكن إسناد أي نوع من الحجية إلى اتفاقات المجتمع المسلم الباكر، لأنه في رأيهم لم يأخذ الوضع التنظيمي السليم، وبخاصة وأن اختيار الخلفاء الثلاثة الأول ـ وهو صورة من صور الإجماع المدني ـ قد عارض المبدأ الأول في المعتقد الشيعي القاضي بأن علي بن أبي طالب هو الوريث الشرعي للنبي [ﷺ].

لقد ألقت ظلال الاختلافات الكلامية الكثيفة بين الشيعة وأهل السنة حول قضية الإمامة بآثارها على الاتفاق القائم بينهما في الفقه. ولئن كان الدور التشريعي المسند إلى الإمام عند الإسماعيلية ـ ولا يزال ـ أمراً واقعاً بالفعل فإن الاثني عشرية ينسبون هذا الدور منذ سنة 874 م [261 هـ] على نحو مثالي يبعد عن الواقع إلى

---

(6) لا تصح هذه الدعوى مطلقاً، بدليل واحد يجب التسليم به، هو ما يقرره علماء الشيعة أنفسهم عن أصل الإجماع عندهم. يقول الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي في كتابه الذي أشرت إليه قبل قليل:

«إجماع أمة محمد صلى الله عليه وآله حق: أما على قولنا فظاهر لأنا نوجب المعصوم في كل زمان وهو سيد الأمة فالحجة في قوله. وأما المخالف فلقوله تعالى: ﴿ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى﴾.. ولقوله تعالى: ﴿وكذلك جعلناكم أمة وسطا﴾ والوسط هو العدل.. ولقوله عليه السلام: «لا تجتمع أمتي على الضلالة». الوصول ص 190.

ومن أحكامه عندهم كما ذكر هذا المؤلف أنه لا يجوز إحداث قول ثالث، إن لزم منه إبطال ما أجمعوا عليه.. «كالجد قيل له المال وقيل يقاسمه الأخ فحرمانه باطل». وهم لا يعتبرون الإجماع السكوتي، ولا إجماع أهل المدينة «لأنهم بعض المؤمنين». ولا يجوز الإجماع عندهم إلا عن دليل، «وإلا لزم الخطأ على كل الأمة»، كما لا يدخل العوام عندهم في الإجماع. ويؤكد كل ذلك اعتدادهم بالإجماع.

«الإمام الغائب» وينتظرون ظهوره ليؤدي هذا الدور من جديد. وإلى أن يظهر هذا الإمام فإن الكشف عن الأحكام الفقهية أثناء غيبته الطويلة هو مسؤولية الفقهاء المجتهدين. وقد نظر إليهم باعتبارهم وكلاء الإمام والعاملين بهدى منه، ولكنهم وجدوا أن استخدام العقل الإنساني في الكشف عن الأحكام الشرعية من الناحية الواقعية أمر ضروري ومشروع. وهكذا اعترف الإمامية ـ بطبيعة الحال ـ بمفهوم ظنية الأحكام الفقهية، وحجية معيار الإجماع، وبالتالي فلن يكون مذهبهم خالياً من الاختلاف في الآراء الفقهية. وإلى جانب ذلك فإن التطور التاريخي الواقعي لفقه الطوائف المتنوعة للشيعة قد تابع متابعة كبيرة نظيره عند أهل السنة؛ ولئن لم يعرف الفقه الشيعي مبدأ التقليد فإن الأئمة أو ممثليهم من العلماء نادراً ما رأوا جواز الخروج على «الفقه المأثور» المدون في أمهات الكتب المؤلفة في أوائل العصر الوسيط. وكذلك كان فقه الخوارج؛ فقد استمر قادراً على التطور نظرياً بممارسة الاجتهاد وإن بقي في الواقع ثابتاً عبر القرون مثل نظيره السني.

وإذا انتقلنا إلى مجال الأحكام الفقهية الموضوعية نجد أن فقه الخوارج قد عرف عدداً محدوداً من الأحكام ـ وإن كانت كلها أحكاماً ذات أهمية ثانوية ـ ليس لها نظير في مذاهب أهل السنة. فحق الأم في حضانة أولادها الذكور ـ على سبيل المثال ـ إنما ينتهي في فقه الخوارج ببلوغهم عامين، ولئن اتفق هذا الحكم عرضاً مع ما حكم به الإمامية الاثنا عشرية فإنه من السهل على المرء أن يجد سنداً قوياً فيما قال به فقهاء أهل السنة للغالبية العظمى من الأحكام الفقهية لدى الخوارج، ولكل قواعد فقههم الأساسية. ومن ثم فإنهم يأخذون بمذهب الشافعي في رجوع حق حضانة الإناث للأم إلى أن يبلغن من العمر سبع سنوات، لتختار الواحدة منهن حينئذ من تعيش معه من أبويها. وعندهم أن حق الزوجة في النفقة إنما يقدر بالنظر إلى حال الزوج فقط، وهذا أيضاً هو رأي الشافعي الذي يعارض المذاهب الثلاثة الأخرى، التي وضعت في اعتبارها الظروف الخاصة للزوجة ومنزلتها الاجتماعية أيضاً. وكذلك ليس للزوجة عند الخوارج أن تطالب بما تأخر من نفقتها ما لم يكن قد سبق تحديد مقدارها بحكم قضائي أو باتفاق بين الزوجين. وهذا هو مذهب الاحناف أساساً، وإن رأت المذاهب الثلاثة الأخرى أن ما تأخر من نفقة الزوجة دين مستحق الأداء على الزوج، ولو لم يكن هناك حكم قضائي بالنفقة أو اتفاق بشأنها. وعندهم أيضاً أن سوء العشرة يصلح سبباً لطلب الزوجة التفريق بينها وبين زوجها، كما هو الحال في المذهب المالكي دون غيره من المذاهب الثلاثة الأخرى.

ولا ينبغي أن نعتقد أن فقه الخوارج مجرد مزج اتفاقي لمبادىء أهل السنة وأحكام مذهبهم الفقهية؛ فإن فقههم بناء متماسك له روحه وطابعه الخاصان به. ولكن أوجه الاختلاف الفقهي بينهم وبين أي مذهب آخر من مذاهب أهل السنة لا تتضمن أي مغزى حزبي أو طابع طائفي وإن كانت تفضي أحياناً إلى نتائج عملية جديرة بالاعتبار.

والأمر مختلف إلى حد بعيد بالنسبة للشيعة. وإذا حصرنا اهتمامنا هنا في أكبر طائفة منهم وهي الاثنا عشرية فإننا نجد أن فقههم يتضمن في جوانب عديدة أساسية طابعاً منفرداً يتعارض تعارضاً حاداً مع ما لمذاهب أهل السنة (والخوارج) في مجموعها من طابع خاص بها. وقد توضح الإشارة الموجزة لثلاثة جوانب هامة من فقه الإمامية طبيعة هذا الاختلاف ومداه.

[1] المعاشرة الجنسية عند أهل السنة (وفرق الخوارج والزيدية والإسماعيلية أيضاً) مشروعة وجائزة بأحد أمرين: ملك اليمين، وعقد الزواج الصحيح. غير أن فقه الإمامية يعترف بأمر ثالث تصح به المعاشرة الجنسية، ويختلف عما سبق اختلافاً تاماً، ويتمثل في نكاح المتعة.

فالزواج هو في أصله وغايته اقتران مدى الحياة، على حين أن نكاح المتعة علاقة مؤقتة يتفق عليها بين الطرفين لفترة معينة مقابل (أجرة) تدفع إلى المرأة. غير أن موانع الزواج العادية الناشئة عما قد يكون بين الطرفين من علاقة قرابة أو نسب أو رضاع هي بذاتها تنطبق على المتعة كذلك، مثلما ينطبق المانع الناشىء من اختلاف الدين؛ فمن حق المسلم لهذا أن يعقد نكاح المتعة على امرأة مسلمة أو كتابية (يهودية أو مسيحية الخ)، أما المرأة المسلمة فلا تعقد نكاح المتعة إلا مع مسلم. ومن جهة أخرى فليس هناك حد أعلى لعدد النساء اللواتي يجوز للرجل التمتع بهن خلافاً لتحديد ذلك في النكاح بأربع، وفضلاً عن ذلك فإن الحقوق والواجبات الأساسية النابعة من الرابطة الثابتة التي ينشئها الزواج لا تنطبق على عقد المتعة؛ فلا حق للمتمتع بها في النفقة، وليس عليها في مقابله واجب الطاعة وليس هناك حق للتوارث بين الطرفين، كما أنه لا طلاق بينهما بالمعنى الاصطلاحي، سواء بصدور لفظه من الزوج أو بتقديم الزوجة طلباً للمحكمة أن تفسخه. وبدلاً من ذلك فإن العقد قد ينتهي قبل أمده إما بالاتفاق المتبادل أو بإنهائه من أحد الطرفين، وحينما ينهيه الرجل قبل أمده فعليه أن «يهب المدة الباقية» للمرأة، وليس له استرداد أي جزء من الأجرة نظير تلك الهبة. وعلى العكس

من ذلك تلزم المرأة برد جزء من الأجرة يتناسب مع المدة الباقية إذا امتنعت هي عن الوفاء بواجباتها في المدة المحددة لعقد المتعة(7).

فالمتعة بهذا ليست مجرد عقد نكاح مصحوب بشرط التأقيت، بل إنها نظام قانوني متميز بذاته. فإن النكاح إذا كان يعد في التشريع الإسلامي من الناحية الشكلية بمنزلة البيع الذي يفضي إلى الانتقال الكامل لملكية العين ومنفعتها فإن المتعة تدخل في باب الإجارة التي تعني نقل المنفعة وحدها لفترة محدودة. ومثل هذا المفهوم في الزواج غريب تماماً عن التشريع الإسلامي في تصور الجمهور؛ فمهما كانت استقامة الدافع إلى عقد المتعة ـ كأن تشترط مدة تسعة وتسعين عاماً ـ فإن العلاقة الناشئة عنه في النظر القضائي لغير الإمامية لن تكون باطلة بطلاناً مدنياً فحسب، بل تصل إلى أن تكون ارتكاباً لجريمة الزنا، مما يستوجب ـ إذا طبقت القواعد حرفياً ـ نفس العقوبات القاسية المقررة لهذه الجريمة.

[2] أما المثال الثاني على هذا الخلاف الهام بين فقهي الإمامية وأهل السنة فنستخلصه من الطلاق. وهنا لا خلاف بينهما على الحق الأساسي للزوج في تطليق الزوجة بمحض إرادته وحده؛ وإنما الخلاف في الأحكام التفصيلية الضابطة لممارسة هذا الحق. فتشريع الاثني عشرية أكثر تشدداً إلى درجة أنه يبدي موقفاً مختلفاً في أساسه عن الموقف الذي تبناه أهل السنة تجاه هذا النوع من التفريق:

فأولاً: لا يشترط الفقه السني في الطريقة التي يعبر بها عن الطلاق أية أمور شكلية محددة: فقد يقع شفاهة أو كتابة، ويصح استخدام أية ألفاظ في معنى الفرقة، وليس يلزم وجود شهود لصحته (وإن لزم ذلك لإثباته)، بينما يبدي الفقه الإمامي من جهة أخرى التزاماً متشدداً بالشكل، فيجب التلفظ بالطلاق شفاهة، باستخدام لفظ

---

(7) لا يتقيد نكاح المتعة بعدد من النساء، ففي الكافي نقلاً عن جعفر الصادق أن النساء في المتعة بمنزلة الإماء، وأن للرجل أن يتمتع منهن بأي عدد شاء، وأن لمن عنده أربع نساء في زواج دائم أن يعقد نكاح المتعة بمن شاء من النساء. [الكافي 451/5]. غير أن الشيعة مع ذلك يروون عن أئمتهم «وجوب أن يكف عنها من كان مستغنياً» [المرجع نفسه: 452/5]. أما التوارث بينهما فقد رويت فيه روايات مختلفة عن أئمتهم، فعن جعفر الصادق ـ تعليلاً لعدم احتسابهن من عدد الأربع نسوة الذي تحرم الزيادة عليه في النكاح الثابت. أن المرأة في المتعة «ليست من الأربع لأنها لا تطلق ولا ترث وإنما هي مستأجرة». [السابق: 541/5]. لكن روى عن جعفر الصادق نفسه أنه قال في الرجل يتزوج المرأة متعة: «إنهما يتوارثان ما لم يشترطا عدم التوارث» السابق: 465/5.

الطلاق نفسه أو صيغة مشتقة منه، في حضور شاهدين. وفضلاً عن ذلك يجب أن يكون هناك دليل على النية المتعينة للتفريق، على حين أن التطليق على سبيل الهزل أو التهديد عند أهل السنة عموماً صحيح ونافذ، كما أنه يأخذ هذا الحكم نفسه إذا أوقعه الزوج في إكراه أو سكر عند الأحناف خاصة(8).

وثانياً : ينقسم الطلاق عند أهل السنة ـ حسب الأحوال التي يصدر فيها ـ إلى سني وبدعي. فالطلاق للسنة إما أن يكون بطلقة مفردة رجعية يصح للزوج معها أن يراجع زوجته قبل انقضاء عدتها، وأما أن يكون بتطليقه واحدة تتلوها تطليقتان أخريان في شهرين متتابعين، فيصبح الطلاق بائناً بينونة كبرى. أما الطلاق البدعي فالمقصود منه إحداث الطلاق البائن في الحال، مثل التلفظ بعبارة تدل على البينونة، ومثل النطق بثلاث تطليقات في وقت واحد. وفضلاً عن ذلك فإنه يجب لإيقاع الطلاق السني أن يكون في طهر لم تلتق فيه بالزوج جنسياً. . أما إذا اختلت هذه الشروط الواجبة في الطلاق السني فإنه ينقلب بدعياً. وتفريق أهل السنة بين هذين النوعين من الطلاق إنما هو تفريق خُلُقي ؛ فكلاهما صحيح وواقع قانوناً بدرجة متساوية. بيد أن تشريع الإمامية لم يعترف مطلقاً بأشكال الطلاق البدعي، بل أصر على الالتزام الكامل بأشكاله السنية كيلا يقع باطلاً. وفي إيجاز فإن آراء الإمامية تبدي بوضوح رغبتهم في تقييد ممارسة الزوج لسلطته في التفريق داخل أطر محددة تحديداً دقيقاً، الأمر الذي نجد له بعض الشواهد القليلة في فقه أهل السنة ذي الطبيعة المتساهلة في ذلك بوجه عام.

[3] وأخيراً فيبدو فقه الإمامية في موضوع الميراث أكثر وضوحاً في التعبير عن هذه الطبيعة المتميزة لنظامهم الفقهي بأسره. فاستحقاق الميراث عند أهل السنة إنما

---

(8) يمكن الرجوع إلى هذه الأحكام التي أشار إليها المؤلف في المهذب لأبي إسحاق الشيرازي: 77/2 وما بعدها، وفي حاشية الدسوقي: 361/2 وما بعدها، وفتح القدير لابن الهمام: 22/3 وما بعدها. ولمعرفة رأي الشيعة الإمامية انظر: الكافي: 54/6، وكتاب: «تحرير المجلة» لمحمد الحسين آل كاشف الغطاء: 40/5، نشر المطبعة الحيدرية بالعراق سنة 1362 هـ، وهذا الكتاب نوع من الشرح لمجلة الأحكام العدلية العثمانية وفق مذهب الاثني عشرية. ويلخص المؤلف مذهب الإمامية في هذا الصدد بقوله: «لا يقع الطلاق إلا بصيغة خاصة، وهي أنت طالق، أو زوجتي فلانة طالق، أو زوجة موكلي طالق، فلا يكفي شيء من مشتقاتها مثل أنت مطلقة وطلاق وطلقتك وأطلقك، وهكذا فضلاً عن مثل أنت بائن وحرام وخلية وبرية واعتدى وأمثالها. ولا يقع بالكتابة ولا بالإشارة إلا من الأخرس العاجز».

يقوم على ثلاثة أسباب تنشيء ثلاث طوائف من الورثة الشرعيين هم: أصحاب الفروض الذين حدد القرآن أنصباءهم. ثم أقارب الميت الذكور من عصبته. ثم القرابات النسوية من ذوي الأرحام إن لم يوجد أحد من الطائفتين السابقتين الواجب تقديمها في الإرث. أما الإمامية الاثنا عشرية فلا يعترفون إلا بسبب واحد للميراث هو القرابة، ويقسمون الأقارب ـ سوى الباقي من الزوجين فإنه يأخذ دوماً فرضه المنصوص عليه في القرآن ـ بحسب قوة القرابة إلى ثلاث جهات، هي بترتيب أوليتها:

1 ـ الفروع الوارثة للميت وأبواه.

2 ـ إخوة الميت وأخواته وأولادهم، وأجداد الميت من الأبوين وجداته.

3 ـ ثم الأعمام والعمات والأخوال والخالات وأولادهم. وهكذا يعتمد الاستحقاق عندهم على مركز الوارث في هذا التقسيم[9]. إذ بالرغم من إعطائهم أصحاب الفروض المستحقين فروضهم المقدرة وإعمالهم للقاعدة الأساسية المتمثلة في

---

(9) يلخص الكليني الرازي (ت 328 هـ) في كتابه الكافي: 71،70/7، مذهبهم في هذا التقسيم بقوله:

«إن الله تبارك وتعالى جعل الفرائض على أربعة أصناف وجعل مخارجها من ستة أسهم:

«فبدأ بالولد والوالدين الذين هم الأقربون وبأنفسهم يتقربون لا بغيرهم ولا يسقطون من الميراث أبداً، ولا يرث معهم أحد غيرهم إلا الزوج والزوجة. فإن حضر كلهم قسم المال بينهم على ما سمى الله عز وجل. وإن حضر بعضهم فكذلك وإن لم يحضر منهم إلا واحد فالمال كله له. ولا يرث معه أحد غيره إذا كان لا يتقرب بنفسه وإنما يتقرب بغيره إلا ما خص الله به من طريق الإجماع أن ولد الولد يقومون مقام الولد وكذلك ولد الإخوة إذا لم يكن ولد الصلب ولا إخوة... فهؤلاء أحد الأصناف الأربعة.

«وأما الصنف الثاني فهو الزوج والزوجة، فإن الله عز وجل ثنى بذكرهما... ولا يسقطون من الميراث أبداً.

«وأما الصنف الثالث فهم الكلالة. وهم الإخوة والأخوات إذا لم يكن ولد ولا الولدان لأنهم لا يتقربون بأنفسهم وإنما يتقربون بالوالدين... وليسوا بمنزلة الوالدين الذين لا يسقطون عن الميراث أبداً. فإذا لم يحضر ولد ولا والدان فللكلالة سهامهم المسماة لهم، لا يرث معهم أحد غيرهم إلا من كان في مثل معناهم.

«أما الصنف الرابع فهم أولو الأرحام الذين هم أبعد من الكلالة. فإذا لم يكن ولد ولا والدان ولا كلالة فالميراث لأولي الأرحام منهم، الأقرب منهم فالأقرب، يأخذ كل واحد منهم نصيب من يتقرب بقرابته... فأقربهم إلى الميت أحقهم بالميراث، وإذا استووا في البطون فلقرابة الأم الثلث ولقرابة الأب الثلثان، وإذا كان أحد الفريقين أبعد فالميراث للأقرب».

وأتابع توضيح مذهبهم في الميراث في تعليقات أخرى تالية.

إعطاء الذكر عموماً ضعف نصيب الأنثى المتساوية معه في الجهة والدرجة - فإن مذهبهم في التوريث يختلف على نحو واضح مع مذهب أهل السنة في أنه لا يعطي للعصبات أولوية خاصة. وقد نسب إلى إمامهم السادس جعفر الصادق (ت 765 م) [148 هـ] أنه رفض دعاوي هذه الطائفة من الورثة معلقاً بقوله: «العصبة في فيه التراب»[11]، كما أن بعض الأقارب من ذوي الأرحام الذين يأتون عند أهل السنة في المنزلة الأخيرة قد أدرجوا ضمن التصنيف الشيعي العام لطبقات الوارثين.

فعلى سبيل المثال يحتل الجد الأبوي للميت في غياب الأب وضعاً هاماً في الميراث لدى أهل السنة. وبإحلاله محل الأب فإنه يأخذ فرض السدس في وجود ولد للميت، ويستحق بالإضافة إلى ذلك ما يبقى من التركة إذا لم يخلف الميت من الأولاد سوى البنات، كما أنه يأخذ ضعف نصيب أم الميت إذا زاحمته وحدها وكان معها أحد الزوجين. ثم إنه أخيراً يحجب حجباً تاماً أولاد بنت الميت مطلقاً. أما عند الإمامية فإن وجود أحد من هؤلاء الأقارب المشار إليهم - ولد الميت أو ولد ولده أو أمه - يمنع الجد الأبوي من أي حق في الميراث على الإطلاق[11].

كذلك فإخوة الميت وأخواته على السواء إنما يحجبون من الميراث في فقه الإمامية

---

(10) جاء في الكافي عن حسين الرزاز، قال: أمرت من يسأل أبا عبد الله [جعفر] عن المال لمن هو للأقرب أو للعصبة؟ فقال المال للأقرب والعصبة في فيه التراب 70/7 ولتوضيح مذهبهم هنا يتعين استحضار السياق الذي وردت فيه هذه العبارة، فقد وردت عقب بحث موضوع ميراث الأخوات شقيقات أو لأب. والقاعدة العامة عندهم أن الجهة مقدمة على التي تليها، فجهة الأخوة على هذا من المفروض أن تحجب جهة العمومة. ولن تثور هذه المشكلة إذا وجد الأخ الشقيق أو لأب. لأنه سيتكفل بحجب الأعمام وأبنائهم. أما إذا وجدت أخت أو أختان شقيقتان أو لأب فالمفروض أن يأخذن فرضهن المسمى في القرآن، ليتيح ذلك للعصبات من الأعمام وأولادهم أخذ الباقي. ومن شأن ذلك أن يدمر أساس الشيعة في تقديم الأقرب وتقسيم الورثة وجهاتهم حسب هذا الأساس. فاضطرهم ذلك إلى إنكار حقوق العصبات والحكم بإعطاء المال كله للجهة الأقرب، وهي هنا الأخت الشقيقة أو من الأب فرضاً ورداً. ويرد اختلافهم مع أهل السنة هنا في فرع آخر وهو أنه لو وجدت بنت أو بنت ابن مع عم أو ابن عم مثلاً أو أخ فعندهم أن البنت أو بنت الابن تأخذ التركة فرضاً ورداً، على حين أنها لن تأخذ إلا فرضها عند أهل السنة كي يعطي العاصب الباقي. وهذا ما نص عليه حديث النبي ﷺ الذي خرجناه من قبل والذي يتضمن إعطاء أصحاب الفروض حقوقهم ليدفع الباقي من التركة بعد ذلك إلى أقرب عاصب ذكر. ويبدو أن هذا الحديث لم يسلم الشيعة بصحته.

(11) لا يحجب الجد بأحد الزوجين، وهو في طبقة الإخوة والأخوات، يعامل معاملة الذكر منهم بلا فرق،. فلو اجتمع جد مع ستة إخوة وأختين أخذ الثمن. الكافي 109/7.

بأي من الأبوين أو أحد الفروع الوارثة. أما عند أهل السنة فإنهم يحجبون بأب الميت أو بالفرع العاصب المذكر فقط. ويرث الأخوة والأخوات الأشقاء أو لأب بالتعصيب عند أهل السنة إذا ترك الميت بنتاً أو أكثر؛ وفي حال مزاحمة الأخوات [شقيقات أو لأب] بالأم وعدم وجود الإخوة فإنهن يأخذن فرضهن المقدر في القرآن بثلثي التركة، ويرث الإخوة مع الأخوات أو بدونهن باعتبارهم عصبات، ويحجب الاثنان فأكثر من الإخوة والأخوات الأمَّ حجب نقصان إلى فرضها الأدنى وهو السدس[12]؛ كما أن أيّاً من الأخ أو الأخت يحجب حجباً تاماً أولاد بنت الميت من الميراث. ولعل طبيعة الاختلاف بين مذهبي الإمامية وأهل السنة في هذه المسألة ومغزاه واضحان إلى حد كبير؛ فلا يتمثل هذا الخلاف فقط في أن قرابات الرحم الأنثوية قد تمتعت بمركز أكثر سمواً في الفقه الشيعي، بل يتمثل حقيقة في أن الفقه السني باعترافه بحقوق القرابات البعيدة من العصبات قد أعرب عن مفهوم لمحتوى الأسرة أوسع بكثير من مفهومها في الفقه الشيعي الذي ارتكز بقوة على تغليب الرابطة الأضيق القائمة على العلاقة بين الأب والأم وأولادهما.

وقد يكون من الواضح في الذهن الآن أن لآراء الإمامية في هذه الموضوعات الثلاثة التي ناقشناها هنا طابعها الخاص المتميز، فلا يمكن لذلك فهم الاختلاف بينهم وبين أهل السنة في ضوء الاختلاف بين المذاهب السنية نفسها، كما أنه لا يمكن تفسير وجهات نظرهم في ضوء الأسباب التي أدت إلى اختلاف أهل السنة فيما بينهم.

إن الاعتبارات السياسية ـ التي يعمد إليها الكثيرون ـ قد تفسر بعض السمات الخاصة لفقه الإمامية تفسيراً ملائماً أحياناً. فهم لإنكارهم حجية خلفاء المدينة الثلاثة قد رأوا صحة المتعة، «فليس هناك سبب أوجهُ لرفضهم تحريمها من كون هذا التحريم منسوباً إلى عمر(ش)». كما أن رفضهم لصور «الطلاق البدعي» مما يمكن فهمه على أساس أنها بدع استحدثها المجتمع المسلم أثناء تلك الفترة ذاتها التي حكم فيها هؤلاء الثلاثة المغتصبون لحق عليّ، ومن ثم كانت هذه الصور عارية عن الحجية. أما الموضوع الأخير المتعلق بالميراث فإن تنظيم الإمامية له يرتبط على نحو أكثر وضوحاً بمعتقداتهم السياسية، فالأسس التي تتضمن أن علاقة الرحم سبب قويٌّ للميراث

(12) مذهب الشيعة الإمامية في مسألة حجب الأم بالإخوة والأخوات حجب نقصان أنه إن وجد أخوان ذكران أشقاء أو لأب حجباها إلى السدس، وإذا كن أربع أخوات شقيقات أو لأب فكذلك. أما الثلاث منهن فلا يحجبنها إلى الثلث، وعن جعفر الصادق أو الإخوة من الأم والأخوات لا يحجبون الأم إلى السدس مطلقاً، الكافي 92, 93.

كعلاقة التعصيب، وأن استحقاقات العصبات من القرابات غير المباشرة تأتي في المقام التالي لاستحقاقات الفروع الوارثة - إنما تبدو أسساً ضرورية بالنسبة لطائفة تنتهي سلسلة الأئمة فيها إلى فاطمة بنت النبي [ﷺ] التي ورثتهم - فيما ذهبت إليه الإمامية - شيئاً ما من صفات النبي الخاصة التي حباه الله [سبحانه] بها.

لقد احتلَّ عليّ مركز الإمام الأول لأن النبي [ﷺ] في الاعتقاد الشيعي قد نصَّ على إمامته بعده. ومع ذلك فإن الرغبة في أن تؤكد مبادىء القرابة أن علياً أوثق نسباً بالنبي [ﷺ] وأنه هو وأبناؤه أحق بخلافته من عمه العباس الذي انتسبت الدولة العباسية إليه - قد أفضت إلى وجود نوع من الشذوذ اللافت للنظر في الفقه الإمامي. فحينما يكون المستحقون للتركة من الأقارب الوارثين في الجهة الثالثة - وهم أعمام الميت وعماته وأولادهم - فإن الحكم المتبع في تحديد الأولى في الدرجة أن الأعمام يحجبون أولادهم حجباً تاماً. غير أن الفقه الإمامي قد تمسك بأنه إذا انحصر الورثة المتزاحمون في عم لأب وابن أخ شقيق فإن الأخير يحجب الأول وقد كان العباس عم النبي [ﷺ] من الأب، على حين كان علي ابن عمه الشقيق[13].

ومع ذلك فإن رجع اختلافات الإمامية عن غيرهم إلى عوامل سياسية محضة أمر غير مقنع في كل الأحوال. فلو أنهم أباحوا المتعة لمجرد أن عمر حرمها لكان عليهم أن يرفضوا بهذه السطحية ذاتها أي حكم نسب للخلفاء الثلاثة الأول، أو أي عمل جرى عليه مجتمع المدينة الباكر، وهذا ما لم يفعلوه. والأولى من ذلك في التفسير أنهم لم يقبلوا تحريم عمر لنظام رأوا حلَّه لدليل آخر ثبت لديهم يقتضي الحل. والأكثر وضوحاً من ذلك أن رفضهم لصور الطلاق البدعي - كما بينا آنفاً - مجرد وجه واحد (وإن كان مهمّاً) من أوجه موقفهم المتشدد أساساً بالنسبة لموقف غيرهم تجاه إيقاع الطلاق بوجه عام. وشبيه بذلك أن اختلافاتهم في فقه الميراث راجعة إلى ما هو أبعد مما تقتضيه الدوافع السياسية وحدها. فالتزاحم المفترض بين عليّ والعباس على خلافة النبي [ﷺ] أمر وثيق الصلة بالشذوذ السابق؛ وهذا في الواقع إنما هو تعديل طفيف اقتضته العوامل السياسية فعلاً. غير أن المبادىء الأساسية التي يشكل هذا التعديل استثناء منها قد كانت هي الأخرى متميزة تماماً عن نظيرها في فقه أهل السنة. ولهذه الأسباب فإن

---

(13) يتمثل الشذوذ الذي أشار إليه المؤلف في أن قاعدة الشيعة العامة في تقسيم الورثة إلى جهات معينة، يراعى في التفضيل بين أفراد كل جهة منها درجة القرابة، فابن الابن مثلاً مقدم على ابن ابن الابن لقرب درجة الأول من الميت، لكن الشيعة خالفوا عن قاعدتهم هذه في جهة العمومة للاعتبارات التي ذكرها المؤلف.

الأحكام الفقهية الخاصة بالإمامية تبدو ذات مغزى أعمق من مجرد كونها دفاعاً عن حق علي وذريته ضد هؤلاء الحكام الذين اعترف بهم أهل السنة.

إن فقهاء الإمامية يدعون دائماً أن فقههم أدق تعبيراً عن روح التشريعات القرآنية وأوفى بياناً لها من مقابلة السني. فإنما أبيحت المتعة لديهم لأن القرآن أقرها صراحة حسب تفسيرهم له [14]. والطلاق إنما يلزم إذا وقع موافقاً لصوره السنية، لأنها هي الصور التي أقرها القرآن وسنة النبي [ﷺ] الثابتة. ويمثل مذهبهم في التوريث محاولة للكشف عن المضامين التي تقتضيها النصوص القرآنية الواردة في الميراث، تلك التي ركزت على حقوق القرابات النسوية ولم تشر في أي موضع إلى تفوق قرابة التعصيب على النحو الذي أخذ به الجمهور. ومن ثم تكشف وجهات النظر الإمامية هنا عن تناول في تفسير أحكام القرآن مختلف على نحو واضح عن تناول أهل [15] السنة، فعند هؤلاء أن القرآن يقر ضمناً العمل بالقواعد العرفية إلا إذا أبطلت صراحة [16]؛ ومن هنا كان مذهبهم في الميراث نوعاً من المزج بين الوارثين القدامى في النظام العرفي، وهم العصبات، وبين الوارثين الجدد المنصوص عليهم في القرآن. أما الإمامية فإنهم ذهبوا على العكس من ذلك إلى أن القرآن يبطل ضمناً العمل بالقواعد

(14) إشارة إلى قوله تعالى في سورة النساء: ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة﴾ آية: 24. وقد روي أن ابن عباس كان يقرؤها ﴿فما استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى﴾ أحكام القرآن للجصاص 180/2، وبداية المجتهد لابن رشد 50/2؛ وقد أخرج البخاري رجوع ابن عباس عن رأيه في المتعة، كما أخرجت ذلك الرجوع كثير من كتب السنة.

(15) هذا كلام يتسم بالعموم. وقد رجعت إلى كتاب الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي الذي سبقت الإشارة إليه فوجدت قواعدهم في دلالات الأمر والنهي والعموم والخصوص والإطلاق والتقييد وسائر قواعدهم في أوجه البيان وكيفيات التفسير لا تكاد تختلف عن مثيلاتها عند أهل السنة. ولا أعرف من أين أتى المؤلف بمثل هذا الزعم. أما تأكيد الشيعة على اقتراب أحكامهم الفقهية من نصوص القرآن أكثر من أهل السنة فإنه أمر أملته الجدالات المذهبية. ووضع الأمر موضعه الطبيعي أن أهل السنة قد حاولوا جهد طاقتهم الالتزام بأحكام القرآن، مثلما حاول الشيعة ذلك في حدود منهجهم.

(16) لا أدري من أين أتى المؤلف بهذه القاعدة من القرآن، وربما أخطأ المؤلف في نسبة هذه القاعدة إلى القرآن، فالواقع أن الأحناف والمالكية الذين أخذوا بالعرف يستدلون على مسلكهم هذا بحديث النبي ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله أمر حسن». انظر مثلاً أصول الفقه للمرحوم محمد أبو زهرة ص 216. ويشير ذلك إلى خطأ آخر أحسب أن المؤلف وقع فيه وهو نسبة العمل بالعرف في غير مورد النص إلى المذاهب الأربعة؛ فالواقع أن الشافعية والحنابلة لا يعتبرونه أصلاً في استنباط الأحكام الشرعية.

العرفية الثابتة إلا إذا أقرت صراحة. ومن ثم فأحكام القرآن لا تخضع عندهم للتعديل بالمواضعات المستحدثة بعد نزول هذه الأحكام (مثل صور الطلاق البدعي) كما لا تخضع للتعديل بالمواضعات القائمة من قبل نزولها (مثل حقوق العصبات في الميراث)[17]. وفي إيجاز فإن وجهة نظر أهل السنة أن التشريعات القرآنية اصلاحات جزئية مفروضة على المواضعات القانونية القائمة[18]، على حين رأى الإمامية أن هذه التشريعات تقدم نوعاً من التغيير الكامل لما كان يجري عليه العمل، وترسي مبادىء جديدة لإقامة نظام قانوني جديد تماماً.

ويصح أن نتساءل هنا عما إذا كانت الآراء المتميزة للإمامية ترجع أصلاً إلى العوامل السياسية، أو أنها نبعت من نهج خاص في التفسير التشريعي للقرآن كما يؤكدون هم. ويمكن صياغة هذا التساؤل على نحو أكثر حدة كما يلي: أيتقدم فقه الإمامية على عقيدتهم السياسية ليدعمها أو أن عقيدتهم السياسية هي التي تتقدم هذا الفقه وتحدد شكله؟ والواقع أن أياً من التساؤلين لن ينشأ إلا إذا أعطينا كلمة «سياسة» هنا مضموناً أضيق، يتمثل في الشكل المحدد للسلطة الزمنية في الدولة وما يتعلق به كما هو المألوف في الاصطلاح الغربي. أما في البيئة الإسلامية فإن الجوانب السياسية والاعتقادية والتشريعية تمتزج في مفهوم الدولة الدينية امتزاجاً لا يقبل الانفصام. فإذا أعطينا مصطلح «سياسة» هذا المعنى الشامل فإن تصور «الاثني عشرية» لوضع الإمامة في الإسلام ومنحاهم التشريعي في فهم القرآن سيبدو كل منهما وجهاً لمعتقد سياسي واحد يتمم الآخر ويتداخل معه. وتمثل النظرية السياسية لأهل السنة مزجاً بين المبادىء الإسلامية والعرف السابق على الإسلام؛ فالحكم في هذه النظرية للارستقراطية العربية القديمة الخاضعة لتعاليم الشرع[19]؛ بيد أن الإمامية الاثني

---

(17) الواقع أن منشأ حقوق العصبات لا يرجع إلى تسليم مذاهب الفقه السنية بالمواضعات الثابتة قبل الإسلام، بل يرجع إلى حكم النبي ﷺ بذلك حين أوجب البدء بإعطاء أصحاب الفروض أنصباءهم، وإعطاء ما بقي لأول رجل ذكر. وهذا هو الذي قرره المؤلف في بداية الفصل الثاني، ويبدوأنه نسي ما ذكره هناك. كما أن القرآن نفسه قد أشار إلى بعض حقوقهم في توريث البنات مع الأبناء والإخوة مع الأخوات، كماذكرنا في أول الفصل الثاني. ومن حيث المبدأ فإن أهل السنة والشيعة لا يعترفون بالبدع المستحدثة مآخذ للأحكام الشرعية، وهذا أوضح من أن يحتاج إلى تكلف الاستدلال عليه.

(18) سبقت مناقشة هذه الدعوى حينما أوردها المؤلف في الفصل الأول.

(19) يتفق ذلك مع تصوره لإجماع فقهاء المذاهب الأربعة على اشتراط القرشية في الإمام، وهو الأمر الذي نوقش في أول هذا الفصل.

عشرية قد رفضت أي صلة بواقع ما قبل الإسلام ورأت أن المصدر الوحيد للحجية إنما يتمثل فيما أرساه النبي [ﷺ] من مبادىء وممارسات بصفته نبياً مرسلاً. ولم يكن الموقف الخاص الذي تبنته كل طائفة من هاتين الطائفتين تجاه العلاقة بين التشريعات القرآنية والعرف السابق على الإسلام متوازياً على خط مستقيم مع معتقداتها السياسية الخاصة بها فحسب، بل كان جزءاً أساسياً من هذه المعتقدات ومتمماً لها. وبالنسبة لأهل السنة فإن الإسلام قد هدف سياسياً وتشريعياً إلى صقل الأعراف السائدة وقت ظهوره وإصلاحها، على حين أنه أقام بداية انطلاق جديدة من كل الوجوه بالنسبة للإمامية الاثني عشرية.

ومن ثم فإن فقه الاثني عشرية لا يمكن اعتباره حقاً مذهباً مستمداً من مذاهب أهل السنة، عُدِّل سطحياً بما يتلاءم مع معتقداتهم السياسية. وإنما يبدو تعبيراً طبيعياً، نتج عن فهم خاص بهم لطبيعة الإسلام، وارتبط ارتباطاً لا يقبل الانفصام بمذهبهم ومعتقداتهم التي تشكل إيمانهم الديني. وكما يساعدنا هذا التفسير في فهم تلك الاختلافات الجوهرية للفقه الإمامي فإنه هو الذي يبرر ذلك التشابه العام لفقه الخوارج مع أهل السنة، وذلك الاقتراب لفقه الإسماعيلية من منهج الاثني عشرية، حقيقة كان فقه الزيدية مزيجاً من مبادىء أهل السنة والشيعة. بيد أنه مهما تكن درجة اتفاق المذاهب الفقهية الخاصة بهذه الطوائف مع مبادىء أهل السنة أو مخالفتها لها فإن كل طائفة منها متمايزة في التحليل الأخير عن غيرها وعن أهل السنة أيضاً تمايزاً تاماً [20]، فكل طائفة من هذه الطوائف إنما تستمد حجيتها من معتقداتها «السياسية - الدينية» الخاصة بها وحدها، نظراً للموقف العدائي المتبادل بين تلك الطوائف المتعددة وأهل السنة المتمثل في اعتبار كل منهم الآخر ضالاً [21].

---

(20) لاحظ ما ذكره في أول هذا الفصل عن الاتفاق العام بين هذه المذاهب، مما ينطوي على شيء من التعارض.

(21) أراد المؤلف في هذا الفصل إقامة نوع من الحواجز بين المذاهب الأربعة التي استقر عليها أهل السنة وبين فقه الخوارج والشيعة. ويقرر المؤلف بداية أن فقه الخوارج يتفق في الأعم الأغلب من جزئياته مع ما رآه هذا المذهب أو ذاك من المذاهب الأربعة. ويصدق هذا عنده على بعض طوائف الشيعة. أما الإمامية الاثنا عشرية فيظن فيهم أنهم حذوا حذو الجمهور في أمور كثيرة، وإن اختلفوا عنهم في سائرها. وهذه الأخيرة هي التي ركز عليها المؤلف ليستنتج اختلاف فقه الإمامية عن فقه الجمهور في الأصول والفروع.

أما في الأصول فيذكر المؤلف أن الإمامية رفضوا الاعتماد على العقل الإنساني في الكشف عن=

الأحكام الفقهية نظرياً. وتجلى ذلك في إنكارهم الإجماع والقياس. وإنما ذهبوا إلى ذلك لمبدئهم في الأخذ بأقوال الإمام المعصوم. لكن المؤلف يذكر بعد ذلك أنهم عادوا إلى الاعتراف بدور العقل في الاستنباط منذ غيبة إمامهم سنة 261 هـ ـ 874 م.

وقد اختلف فقه الاثني عشرية عن فقه الجمهور في الفروع من وجهة نظر المؤلف أيضاً. ويضرب ثلاثة أمثلة. أولها من نظام الزواج، وهو حل نكاح المتعة عند الاثني عشرية. والثاني منحاهم في تقييد إيقاع الطلاق وحكمهم بعدم وقوع الطلاق البدعي. والثالث اختلاف أحكام الميراث عندهم عن مقابلها عند الجمهور.

ويرفض المؤلف رجوع سبب الاختلاف إلى مبدأ الإمامة وحده، ويقرر فضلاً عن ذلك أن منهج الإمامية في تفسير الأحكام القرآنية مسؤول مسؤولية أساسية عن وجود هذا الاختلاف، مستدلاً على ذلك ببعض التعبيرات الصادرة عن الإمامية في تفضيل مذهبهم وأنه الأدق في التعبير عن المعاني القرآنية. والواقع أن مثل هذه التعبيرات لا قيمة لها من الناحية العلمية، ومردها إلى التعصب البغيض.

وسيجد المتتبع لأصول الإمامية في الفقه أنهم يتحدثون بلغة مشتركة بينهم وبين المذاهب السنية، وأن الخلاف بينهما لا يكاد يتجاوز الجوانب التفصيلية. ويصدق ذلك على الخلاف بينهما في الفروع الذي ينحصر في مسائل محدودة يمكن تتبعها. بل إن عناصر الاتفاق بينهم فيما رآه المؤلف أوضح مثال على تمايز فقه الإمامية (الميراث) أكثر من عناصر الاختلاف. فالزوج والزوجة والأب والأم والابن والبنت لا يحجبون حجباً تاماً أبداً عند الفريقين ويحجب الابن والأب الإخوة والأخوات فيما هو متفق عليه بين الإمامية والجمهور. ويحجب الأخوة الوارثون بالتعصيب وأبناؤهم من يليهم من الأعمام وأبنائهم، وفكرة مقاسمة الجد الأخوة باعتباره واحداً منهم متفق عليها كذلك، والاختلاف الوحيد أن أهل السنة يشترطون ألا يقل نصيبه عن السدس، وإذا أحصينا أوجه الاتفاق فسنجدها أكثر من ذلك بكثير.

وهكذا فإن فقه الفرق بعامة يكاد يقترب من فقه الجمهور، ولا يتباعدان إلا في بعض الأمور المحدودة نسبياً، لكن الاختلافات الكلامية ـ مرة أخرى ـ هي التي أدت إلى تضخيم حجم الاختلاف الفقهي. وربما ازداد الإحساس به في العصر الحديث، نظراً لضآلة الاتصال الثقافي والعلمي بين العناصر المختلفة للأمة الإسلامية، إن لم يكد يكون معدوماً، ويعني هذا وجوب أن يبذل المفكرون المسلمون على اختلاف طوائفهم كثيراً من الجهود لفتح قنوات الاتصال التي كانت عميقة في الماضي؛ فالرابح الوحيد من انغلاق كل طائفة عن غيرها إنما هم أعداء هذه الأمة، خاصة وأن الخلاف بين أهل السنة والاثني عشرية أو الزيدية خلاف حول مسائل تاريخية تتصل بالماضي لا بالمستقبل.

الفصل التاسع

الحكومة الإسلامية والفقه

كان الفقه قد انتهى إلى كونه بناء نظرياً منفصلاً عن العمل القانوني الواقعي ومخالفاً له مخالفة جوهرية. غير أن فقهاء الفترة الباكرة لم يخالفوا بأي وجه النظام السائد أو الجهاز القانوني الإداري على هذا النحو. وبانشغال الفقهاء أساساً بتنظيم علاقة الفرد المسلم بربه فإنهم قد صاغوا معايير السلوك في بناء يندرج تحت القانون الخاص لا العام[1]، ورأوا أن واجب السلطة السياسية القائمة هو إقرارها وفرضها. ونظراً لأننا قد تتبعنا تطور التفكير الفقهي في ذاته حتى نضوج التعبير عنه في مؤلفات العصور

(1) يراد بالقانون الخاص Private Law في التقسيم القانوني الحديث القواعد المنظمة لعلاقات الأفراد فيما بينهم وعلاقات الأفراد بالدولة فيما لا يمس سيادتها ووظائفها الخاصة. والفروع القانونية التي يشتمل عليها هي القانون المدني والتجاري والمرافعات المدنية والتجارية والقانون الدولي الخاص. ويقابل القانون العام Public Law ويراد به القواعد المنظمة لعلاقة الدولة بغيرها من الدول أو بالأفراد حين تعمل في حدود سياستها وسلطاتها. وفروعه القانون الدولي العام والدستوري والإداري والجنائي. الوجيز في المدخل للدكتور أحمد سلامة والدكتور حمدي عبد الرحمن ص 76 طبعة النهضة العربية 1970، والمدخل لدراسة القانون للدكتور أحمد سلامة الكتاب الأول ص 62 وما بعدها.

ومن نافلة القول الآن أن التشريع الإسلامي قد تناول كل هذه الجوانب القانونية في حدود اصطلاحاته الخاصة وتقسيماته التي عرفها. انظر على سبيل المثال: مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها للأستاذ علال الفاسي ص 502 وما بعدها.

الوسطى فسنتجاوز ذلك الآن لنتأمل إلى أي مدى حافظت السلطة الفعلية للحكومة الإسلامية على الأساس الديني لأحكام الفقه بتعهد تطبيقها في دور القضاء تطبيقاً واقعياً.

لم يكن تنظيم الدولة الإسلامية أيام الأمويين قائماً على أي فصل حقيقي بين الوظائف الإدارية والقضائية. فقد رجعت السلطة النهائية في هذين المجالين إلى الخليفة، واكتسب عدد كبير من أصحاب الوظائف الثانوية بتفويض منه نوعاً من الولايات القضائية في حدود الواجبات الإدارية المسندة إليهم. فولاة الأقاليم وأمراء الجيش والأمناء على بيوت المال والعمال على الأسواق بل والمسؤولون عن توزيع المياه كان لهم جميعاً نوع من السلطة القضائية في نطاق المجالات الخاصة بأنشطتهم، وإن بدت الشرطة أوضح نموذج لاجتماع الأوجه المختلفة للسلطة، فقد وقع في دائرة اختصاصها التحقيق في الجرائم والقبض على المجرمين ومحاكمتهم وعقابهم[2].

غير أن فض النزاعات المتعلقة بمسائل القانون الخاص كان هو الواجب المحدد الذي أسند إلى القضاة. وقد تزايدت واجبات منصبهم ومنزلته؛ إذ صارت لهم ولاية قضائية عامة تخضع لها القطاعات الإدارية الثانوية في الدولة، وأصبحوا يمثلون في أواخر العهد الأموي المحور الأساسي لتطبيق القانون وإعماله. لكنهم لم يكونوا هيئة مستقلة بأي معنى، حيث كانت أحكامهم خاضعة لأن تراجعها السلطة السياسية التي يرجع إليها الفضل في تعيينهم[3] والتي يعتمدون عليها في تنفيذ أحكامهم اعتماداً كاملاً.

---

(2) وسُدَّ الإشراف على الشرطة في أكثر الأحوال أثناء العهد الأموي إلى القضاة. راجع قضاة مصر وولاتها للكندي ص 311 وما بعدها في ترجمته لمن تولوا منصب القضاء بعد سنة 60 هـ.

(3) لا يعني رجوع تعيين القضاة إلى الدولة وحقها في مراجعة أحكامهم واعتمادهم عليها في تنفيذ أحكامهم أثناء قيام الدولة الأموية أنهم كانوا غير مستقلين تماماً أو أنهم كانوا يعبرون عن قانون يمثل أمر الحاكم أو الوالي، والأدلة على ذلك:

(أ) أن الدولة الأموية عينت في منصب القضاة كثيراً من الفقهاء الذين أسهموا كثيراً في تنمية النظر الفقهي مثل شريح وأبي عبيدة السلماني، وهما علمان بارزان في مدرسة الكوفة، طالما نقل عنهما فقهاؤها.

(ب) أن التعيين في منصب القضاء كان من بين جملة الفقهاء وباستشارة الولاة لهم في كثير من الأحيان.

(ج) مقاومة القضاة أي تدخل في عملهم من جانب الولاة، من ذلك أن أحد قضاة مصر حكم بحد كاتب الوالي حد السكر، فمنعه الوالي من حده فانصرف القاضي من منصبه، =

وبوصول الدولة العباسية إلى الحكم وإعلانها لسياستها الخاصة المتمثلة في إعمال النظام القانوني الذي صاغه أئمة الفقهاء فإن مكانة القضاء قد ارتقت ارتقاء كبيراً. وبذلك ارتبطوا بالأحكام الفقهية التي وقع عليهم واجب تطبيقها ارتباطاً وثيقاً. وبعد انتظامهم كأصحاب مهنة تحت الإمرة المركزية لقاضي القضاة فإنهم لم يعودوا يعبرون عن قانون يمثل أمر والى الإقليم أو المصر، بل صار ولاؤهم كله لشرع الله. بيد أن هذا لا يعني أن المحاكم الشرعية كانت هي التي تدير دفة العمل الإسلامي للدولة وتحدد مسيرته؛ فقد أمسك الحكام العباسيون بذراع هذه الدفة بقبضة قوية، ولم تحصل المحاكم الشرعية أبداً على مركز السلطة القضائية العليا المستقلة عن التوجيه السياسي وهو ما كان حرياً بأن يكفل لها الأساس الأكيد والضمان الحقيقي الوحيد لتطبيق شرع الله على جميع أفراد المجتمع تطبيقاً نموذجياً.

ولئن كان تعيين القضاة من الناحية الرسمية في يد قاضي القضاة فإن توليهم مناصبهم مرهون برضا السلطة السياسية عنهم مثلما هو الحال مع قاضي القضاة نفسه. وكانت طبيعة تبعيتهم السياسية مسئولة عما حدث منذ البداية من تحديد بالغ لسلطاتهم القضائية. ويتمثل هذا في عجز القضاة عن أخذ كبار موظفي الدولة وأصحاب النفوذ في الدعاوي المرفوعة ضدهم بما يحقق الانتصاف منهم. وإنما حدث هذا العجز نتيجة عدم اعتراف أصحاب النفوذ السياسي بأحكام القضاة في هذه الدعاوي ورفض الهيئة التنفيذية المؤتمرة بأوامرهم العمل على إنفاذ هذه الأحكام وإمضائها. ولئن رفض أصحاب السلطات التنفيذية ـ فيما يبدو أمراً لا يصعب فهمه ـ الخضوع لولاية موظف يرون أنه لا يعلوهم في سلم الوظائف السياسية بأي حال فإنهم ربما اضطروا إلى الخضوع إليه أحياناً. بيد أن الحاكم ربما اختار تجنباً[4] لذلك أن يعقد بنفسه محكمة

= فاضطر هذا الوالي إلى مداراة السبب الحقيقي للخلاف بينه وبين القاضي وشن حرب دعائية ضده بأن أمر بكتابة ما يسيء للقاضي في قراطيس وتوزيعها بين الناس. ويتضمن ذلك ضعف مركز الوالي وعدم تعود التدخل في عمل القضاة، وإلا لم يحتج إلى كل ذلك. انظر: قضاة مصر للكندي ص 328.

(4) يريد المؤلف أن يفهمنا رجوع نشأة ولاية المظالم إلى سبب يتمثل في ترفع الحكام عن الخضوع لسلطة موظف تقل مكانته عن مكانتهم. ولا يمكن بحال قبول مثل هذه السطحية في التبرير. ومن الناحية التاريخية ترجع نشأة ولاية المظالم إلى أيام النبي ﷺ، وربما لم يمارسها الخلفاء الثلاثة الأول في تفسير الماوردي لاستغنائهم عنها، أما علي بن أبي طالب فقد احتاج إلى توليها بنفسه نتيجة الظروف السياسية الخاصة بالمجتمع في عصره ثم توالى الخلفاء من بعده على الاهتمام بها، حتى أفرد لها عبد الملك بن مروان يوماً يتصفح فيه الظلامات والشكاوي. وكان هذا الخليفة يرد ما=

تدعى «محكمة المظالم» للنظر فيها له طابع الشكوى من نزاعات. وهو أمر قد يشير إلى ثانوية المركز الذي وكل إلى القاضي في تصريف شؤون الدولة. وكانت ولاية المظالم في الواقع هي الجهة المختصة بالنظر في الشكاوي من سلوك القضاة وأحكامهم؛ فأكد إسناد ذلك إليها وقيامها به حقيقة أن السلطة القضائية العليا إنما ترجع إلى الحاكم السياسي، وأن ولاية المحاكم الشرعية وسلطاتها إنما تخضع لهذه التحديدات التي يضعها الحاكم حسبما يراه مناسباً.

ولئن صور العباسيون أنفسهم خداماً للشريعة، وسياساتهم راجعة إلى أحكامها، فإنهم لم يكونوا على استعداد لقبول استقلال المحاكم التي كان واجبها الوحيد تطبيق هذه الأحكام. نعم، بذل كتاب الحوليات غاية وسعهم لتسجيل بعض الحالات التي نزل فيها عدد من الخلفاء والولاة على مقتضى أحكام قضائهم، غير أن أكثر ما ورد في مدوناتهم إنما يتمثل في تلك الأوامر الصادرة من الحكام إلى القضاة بتغيير أقضيتهم أو بعزل من مني منهم بغضب هؤلاء الرؤساء على نحو يستند إلى رأيهم وحده.

ومن الطبيعي أن يسبب هذا الوضع استياء عميقاً لدى الفقهاء وأن يكون من الأسباب التي أدت إلى إبداء بعضهم رفضه الشديد لتولي القضاء[5]. ومن أوضح الأقاصيص المعبرة عن موقفهم هذا تلك التي تتعلق بتعيين عبد الله ابن فاروق قاضياً للقيروان في سنة 787 م [171 هـ]. فقد وجد هذا الفقيه نفسه حين رفض قبول هذا المنصب محوطاً بجنود الوالي الذين أوثقوه وكادوا يقذفون به من سطح المسجد، فنطق بالقبول حينئذ، وإن انتابته بعد ذلك حالة من الهياج عندما وصل إليه أول متنازعين للنظر في قضيتهما[ت]. بيد أن اعتراضات الفقهاء كانت موجهة إلى حق الحاكم في تغيير أحكام القضاة، لا إلى المجال المحدد لولايتهم. ومع أنهم كثيراً ما نقموا تدخل السلطة

= أشكل عليه من هذه الظلامات إلى قاضيه أبي أدريس الأودي. ويفسر الماوردي ظهورها واستمرارها تفسيراً يتسق مع طبيعة هذه الولاية بأن القضاء لم يكن كافياً لتحقيق العدالة في كل الأحوال، وخاصة بعد تعدد حوادث جور الولاة وظلم العتاة، فاضطر الخليفة - قياماً بواجبه في إشاعة العدل والانتصاف من البغاة - إلى ولايته بنفسه، أو بالتفويض عنه، حتى ينتفع القاضي المفوض بهيبة الخليفة وقوته في إرهاب هؤلاء البغاة وأصحاب النفوذ والانتصاف منهم لخصومهم.

(5) ربما لم يكن هذا السبب أهم أسباب انصراف الفقهاء عن تولي منصب القضاة. فربما كان بعضهم أميل إلى استمراره في العكوف على الدراسة والتعبد والانقطاع إلى العلم. وهناك من جهة أخرى هذا السبب العام الذي يحسه المطالع لسيرة أكثر الذين اتخذوا هذا الموقف من تولي القضاء وهو تورعهم عن المشاركة في أنشطة تلك الحكومات التي عابوا سلوك القائمين فيها.

السياسية في أنشطة المحاكم الشرعية فإنهم لم ينازعوها الحق في فرض تلك التحديدات الأساسية المتعلقة بمجال ولايات هذه المحاكم. والواقع أن المحاكم الشرعية لم يُرَدْ منها حتى في تصور الفقهاء أنفسهم أن تكون الأداة الوحيدة للتقاضي في الدولة الإسلامية. وسيتضح هذا بالنظر إلى أمرين يتصلان بطبيعة الفقه الذي كانت المحاكم ملزمة بتطبيقه.

ففي المقام الأول كانت وظيفة الفقه أساساً الكشف عما يجب أن تكون عليه علاقة العبد بخالقه ومع أنه كان من الطبيعي أن يؤدي ذلك إلى محاولة صياغة حقوق الفرد وواجباته تجاه غيره من الأفراد صياغة دقيقة فقد بدا إلى حد كبير أن تنظيم موقف الفرد من السلطات الزمنية للدولة أمر خارج حدود اختصاصات الفقهاء التي حددوها لأنفسهم[6]. ومن ثم لم يشتمل الفقه الباكر على أي نظام للقانون الدستوري، كما أنه لم يبذل أية محاولة لتنظيم المسائل التي يتشكل منها «القانون العام». فالقانون الجنائي على سبيل المثال لم ينشأ بمعناه الفني المتمثل في كونه بناء شاملاً لجرائم العدوان على النظام العام. وقد نظمت أحكام القتل في تفصيلات مطولة وإن عوجلت على أنها من قبيل الجرائم الخاصة لا العامة. أما سائر موضوعات القانون الجنائي فقد اقتصر الفقه في تناوله لها على ست جنايات محددة ـ الزنا والقذف والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والردة ـ غلب عليها كونها واجبات الله على الناس، واصطلح عليها بجرائم الحدود لأن الله [سبحانه] هو الذي حدد العقوبات عليها[7].

---

(6) تحديد علاقة العبد بخالقه ليست وظيفة الفقه وحده، بل هي وظيفة العلوم الإسلامية كلها، وإن اختص الفقه ببيان قواعد السلوك العملية. ومن المؤكد أن هذه القواعد قد اتسعت لدى الفقهاء لتشمل تنظيم موقف الفرد من الدولة وكل جوانب القانون العام، وإن لم يعالجوها حسب التقسيمات القانونية الحديثة. ولا يعني اهتمام الفقهاء بإقامة العلاقة بين العبد وخالقه انصرافهم عن معالجة هذه الجوانب الأخرى. فطبيعة الإسلام أنه دين شامل لكل شؤون الحياة. وقد أدرك المؤلف قبل قليل ترابط الجوانب السياسية والتشريعية والخلقية في مفهوم الدولة الإسلامية ولو طبق إدراكه هذا هنا لعرف أن التركيز على إقامة العلاقة بين العبد وخالقه كان حافزاً للفقهاء على تناول هذه الجوانب لا صارفا.

(7) بينت تراوح القتل في الفقه الإسلامي بين كونه حقاً خاصاً وحقاً عاماً من قبل. أما أن القانون الجنائي لم ينشأ بمعناه الفني في الفقه الإسلامي فبوسع القارىء التأكد من فساد هذه القضية بالرجوع إلى ما كتبه عبد القادر عودة وأبو زهرة وغيرهما عن هذا التشريع. ومنشأ هذا الفساد اعتبار المؤلف أن الفقه قد اقتصر على تناول الحدود، والأمرغير ذلك؛ فقد تناول الفقهاء بالتفصيل مباحث التعزير، وحددوا الجنايات التعزيرية وبينوا القواعد الأساسية التي تحكم العقوبات عليها. =

وقريب من ذلك في الفقه المالي أن الفقهاء قد اهتموا أساساً بمسائل المالية العامة التي انحصرت لديهم فيما يمثل واجبات لله على الناس مثل ضريبة الزكاة[8]. وفي كل من هذين المجالين القانونيين فإن الفقهاء ـ في الفترة الباكرة في الأقل ـ لم يفصحوا عن أي ادعاء بشمول فقههم. ومن ثم فقد كان حقاً للحاكم وواجباً عليه أن يفرض عقوبات معينة على المجرمين أو يسن نظماً مالية خاصة في حدود ما تقتضيه مصلحة الدولة ما لم يناقض بذلك أمراً شرعياً. غير أن هذه الأنشطة كانت تبعد في أساسها عن نطاق الأحكام الفقهية[9]. ومن ثم كان التقاضي فيها غير داخل في نطاق ولاية المحاكم الشرعية بطبيعة الحال.

أما العامل الثاني الذي أضعف من كفاءة المحاكم الشرعية فيتمثل في نظام المرافعات والإثبات الذي التزمت هذه المحاكم بالعمل به. فبناء على تقويم وقائع النزاع في ضوء قاعدة «القرينة الأصلية» التي أخذ بها الفقه (مثل قرينة البراءة في

= والقاعدة في الحدود والتعازير أنه لا جريمة إلا بنص. راجع دراسة المرحوم عبد القادر عودة «التشريع الجنائي» 115/1 وما بعدها.

(8) لا أساس لما يقرره المؤلف هنا، وتكفي نظرة واحدة إلى كتاب الخراج لأبي يوسف ـ وهو من أو ئل الكتب المؤلفة في أحكام الفقه الإسلامي ـ وكتاب الخراج لابن آدم، وكتاب الأموال لأبي عبيد بن سلام الذي اختار لكتابه عنواناً يشبه الاصطلاح الحديث ـ لترى أن الفقهاء بحثوا منذ الفترة الأولى المصادر المختلفة لميزانية الدولة وأنهم لم يقتصروا على بحث مسائل الزكاة والصدقات، بل تطرقوا كذلك إلى بحث الخراج والجزية والركاز والمعادن، والملكية العامة لبعض مصادر الإنتاج مما يمكن أن يمثل مورداً لها. وفيما بعد درس بعض الفقهاء مثل الجويني في كتابه غياث الأمم حق الدولة في التوظيف وفرض ضرائب أخرى غير الزكاة، في الأحوال التي توجب ذلك. والحق أن نظام مالية الدولة كان واضحاً في أذهان الفقهاء ومعالجتهم على نحو محدد، ومنذ الفترة الأولى لنشاطهم، ويرجع ذلك بالدرجة الأولى إلى أهمية هذا النظام للدولة الإسلامية، وتتمثل هذه الأهمية في تكليف هارون الرشيد «أكبر سلاطين الأرض في عصره» للفقيه الحنفي أبي يوسف أن يؤلف كتاباً في مسائل المالية، هو كتاب الخراج، الذي ربما كان أول مؤلف عرفته الإنسانية في الموضوع.

(9) من العجيب حقاً أن يقرر المؤلف عدم اعتبار أحكام المظالم مما يبعد عن نطاق الأحكام الشرعية. والسؤال الذي يفرض نفسه هنا بسيط للغاية يتمثل فيما يلي: من أولئك الذين اعتبروا هذه الأحكام كذلك؟ هل هم الفقهاء أو الحكام أو القضاة المفوضون فيها؟ لقد بحثها الفقهاء واعتبروها ولاية شرعية، واعتبر الحكام أنفسهم حين يقومون بها إنما ينفذون واجباً شرعياً أملته عليهم طبيعة وظيفتهم، وحينما تولاها القضاة فإنهم كانوا على وعي بمساعدتهم الحاكم في أداء وظيفته. وفي هذا ما ينقض فكرة المؤلف هذه التي يركز عليها في تحليله لطبيعة النظام القضائي الإسلامي ووصفه بالازدواجية بعد ذلك.

القضايا الجنائية وقرينة براءة الذمة في القضايا المدنية) أمكن تصنيف طرفي النزاع إلى مدع ومدَّعى عليه؛ فالأول هو الطرف الذي ترد دعواه بنقيض هذه القرينة، والأخير هو الطرف الذي تؤيد هذه القرينة قوله. ويقع على المدعي عبء إثبات دعواه، وقد ينتقل هذا العبء مرات عديدة أثناء سير الدعوى ذاتها، مثل أن يدفع المدعى عليه أولاً في قضية دين بادعاء السداد مقاصة في دين له على الدائن فيصير مدعياً. غير أن عبء الإثبات أثناء النزاع أو في مرحلة متأخرة هو بذاته. فإن على المدعى استحضار شاهدين من الرجال البالغين يشهدان شفاهة بأنهما على علم مباشر بصحة دعواه. أما البينة المكتوبة فلم تكن مقبولة[10]، كما كان الإثبات بأي نوع من القرائن غير جائز أبداً[11]. وقد اعترف الفقه ببعض الاستثناءات المحددة الخارجة على المعيار المألوف، فقد تكفي في بعض القضايا شهادة الواحد مع يمين المدعى على صدق دعواه، وقد تصح شهادة النساء (وإن وجبت شهادة امرأتين مقابل رجل واحد)، غير أن الواجب دائماً هو أن يتصف الشاهد بكمال العدالة. ويعكس تشدد التطبيق القانوني في هذا

---

(10) رغم شيوع هذه الفكرة فإنني أرى وجوب تعديلها بعض الشيء؛ ومن حيث المبدأ فإن الفقهاء لم يروا الاعتماد على الكتابة في إثبات الحقوق متأثرين بدرجة التطور العلمي في عهودهم، حيث لم تكن البشرية قد عرفت تمايزالخطوط واختلافها بالنسبة لكل شخص عن غيره اختلاف بصمات الأصابع. أما بعد اكتشاف ذلك وظهور الخبراء الذين يمكنهم تمييز خط الكاتب ومعرفة صاحبه على نحو يكاد يقارب اليقين فإن الكتابة ـ في ضوء هذا التطور وحده وسيلة إثبات يصح الاعتماد عليها يقيناً باستخدام مبادىء الفقهاء المسلمين وفهمهم للبينات، فالبينة في تعريف بعضهم «اسم لكل ما يبين الحق ويظهره». والكتابة أوثق في عصرنا للتعرف على الحق من كثير من أساليب الإثبات التي رأى الفقهاء جواز الاعتماد عليها.

ومع ذلك فقد أجاز الفقهاء ـ قبل نمو الخبرة الإنسانية في التعريف على الخطوط ـ الاعتماد على الكتابة في أحيان كثيرة؛ فابن القيم ينتصر للاثبات بالخط ويراه مذهب «جمهور أهل العلم» [الطرق الحكمية ص 186] ويرى الماوردي صحة الاعتماد عليها في الرسوم الديوانية والحقوق السلطانية، «متى كانت مقنعة في جواز الأخذ بها والعمل عليها»، ويرد قول أبي حنيفة «أنه لا يجوز لكاتب الديوان أن يعمل على الخط وحده»، مقرراً أن هذا القول «شاق ومستبعد» (الأحكام السلطانية ص 216, 215). كذلك يذكر الخصاف رأي بعض العلماء في جواز الاعتماد على الخط في مناسبات عينها. . انظر كتابه: أدب القضاء 136/3, 405/4، تحقيق محيي هلال سرحان، نشر في العراق 1398 هـ.

(11) ليس صحيحاً أن الفقه لم يجوز الاعتماد على القرينة، بل يمكن القول بأن هذا بالفعل رأي بعض المضيقين، وكثير من الفقهاء يرون جواز الاعتماد على القرائن. انظر رأيهم ومذهبهم في الطرق الحكمية لابن القيم ص 4.

الصدد أن أحد القضاة رفض شهادة صديق له يثق في عدالته لمجرد أنه كان قد ابتلى مرة بحب جارية فاشتراها بمبلغ يزيد كثيراً عن قيمتها الحقيقية. أما إذا لم يتمكن المدعى من تقديم البينة على هذا النحو فيطلب من المدعى عليه أداء اليمين المنكرة للدعوى. فإذا أقسم على القرآن [12] قسماً صحيحاً حكم القاضي لصالحه، فإن رفض أداء اليمين صدر الحكم لصالح المدعى في بعض الأحوال إذا رضي هو أداء اليمين. ومن ثم فإن الشهادة تمثل شكلاً من أشكال الإثبات القانوني المقبولة في الفقه. فإذا تم أداؤها على نحو صحيح كانت قاطعة، بمعنى أن المحكمة ملزمة بالحكم بما يتفق مع ما عبرت عنه. وهكذا فلم يثر موضوع تقويم البينة أو الحكم في النزاع بناء على الترجيح بين الاحتمالات المختلفة[13]، كما لم يكن يجري استجواب الشهود في الوقائع التي يقررونها، ولم يكن أمام الخصوم سوى الطعن في عدالتهم. وهذا المعيار ذاته هو طريق الإثبات المعمول به في القضايا المدنية والجنائية على السواء. والاختلاف الجوهري الوحيد بين هذين المجالين هو أن الإقرار ملزم في القضايا المدنية على حين يصح الرجوع عنه في القضايا الجنائية [14].

وينطلق الفقه من افتراض أن الشهود الذين سلمت أخلاقهم من المطاعن سوف يقولون الحق دائماً، بل إن عتاة المجرمين سوف يترددون في الإقدام على يمين غير صحيحة كي يثبتوا براءتهم، نظراً لاعتماده الأساسي على عامل الاعتقاد الديني، رغم أن التجارب تثبت أنه ليس بالعامل المؤثر في ظروف التقاضي والخصومة. ويكشف هذا الفرع من القانون [المرافعات] على وجه الخصوص تناول الفقهاء الباكرين النظري

---

(12) كيفية اليمين على ما قرره الفقهاء ليست بالحلف على القرآن، بل بالله عز وجل دون غيره، هذا ما نصت عليه السنة. ولمزيد من الوضوح انظر مثلاً: الهداية للمرغيناني 159/3.

(13) ليس هذا صحيحاً كذلك؛ يقول ابن القيم «وقد صرح الفقهاء كلهم بأن الحاكم إذا ارتاب بالشهود فرقهم وسألهم كيف تحملوا الشهادة وأين تحملوها، وذلك واجب عليه متى عدل عنه أثم وجار في الحكم، وكذلك إذا ارتاب بالدعوى سأل المدعى عن سبب الحق وأين كان ونظر في الحال هل يقتضي صحة ذلك. وكذلك إذا ارتاب بمن القول قوله والمدعي عليه وجب عليه أن يستكشف الحال ويسأل عن القرائن التي تدل على صورة الحال». الطرق الحكمية ص 24. وهكذا أوجب الفقهاء «كلهم» ـ فيما يذكر ابن القيم ـ على الحاكم أن يتحرى العدل بكل الطرق الممكنة، وإلا أثم وجار في حكمه. ويختلف ذلك عما أراد المؤلف نسبته إلى أسلوب القضاة في الإثبات.

(14) ليس هذا صحيحاً بإطلاقه؛ فالرجوع عن الإقرار في القصاص والقذف لا يسقط العقوبة. التشريع الجنائي لعبد القادر عودة 314/2، 489.

والمثالي[15] في أساسه مما يكشف عن أنهم أرادوا لأنفسهم القيام بدور النصحاء الروحيين لضمير الأمة الإسلامية أكثر من كونهم مسؤولين عن إدارة شؤونها العملية. ويمثل هذا الموقف في الحقيقة الأساس للنفور الذي أبداه فقهاء كثيرون من تولي منصب القضاء، كما يشرح لماذا بدا فقيه القيروان الشهير سحنون عقب تعيينه قاضياً سنة 848 م [234 هـ] حزيناً غاية الحزن حتى لم يجرؤ أحد على تهنئته بالتعيين، رغم صدور ضمان له باستقلاله في قضائه استقلالاً تاماً، وركب هو على الفور إلى بيت ابنته خديجة ليقول لها: «اليوم ذبح أبوك(ث) بغير سكن».

وقد تركت طبيعة المرافعات الشرعية الآلية التطبيق والمفرطة في الشكلية مجالاً يسيراً يكاد يكون معدوماً لاجتهاد القاضي في ضبط الوقائع التي يواجهها[16]. فقد استهدفت قواعد الإثبات محاولة الوصول إلى حقيقة الدعاوي على سبيل اليقين. ولعل هذا الاتجاه قد وجد أبلغ تعبير لافت للنظر في قاعدة أن إثبات جريمة الزنا إنما يتحقق بشهادة أربعة رجال عدول عاينوا فعل الوقاع ذاته. غير أن اشتراط هذه المعايير المتشددة للإثبات دائماً قد أفضى فيما يبدو إلى ظلم يستلفت النظر. وقد كان ذلك نابعاً إلى حد كبير من فرض تبعة الإثبات غير العملية في الغالب على عاتق المدعين، مع التخفيف في مقابل ذلك عن المدعى عليهم، مما كان حرياً بأن يغري بعض من لا خلاق له منهم بمحاولة الإفلات من المسؤولية المدنية أو الجنائية التي يطمئن العقل إلى إلقائها عليه. وهكذا بدت المحاكم الشرعية ـ في مجالات قانونية بعينها في الأقل ـ أداة غير كافية لتحقيق العدالة.

---

(15) سبقت مناقشة هذا الزعم في مقدمة المؤلف.

(16) المرافعات الشرعية آلية شكلية في تصور المؤلف. أما تصور ابن القيم ـ مثلاً ـ لها فإنه على خلاف ذلك تماماً؛ إذ يذكر هذا الفقيه أكثر من خمس وعشرين طريقاً للإثبات الشرعي، حددها وحدد أدلتها القوية من نصوص الشرع، وأوضح مسلك الفقهاء والقضاء في الحكم بصحتها والاستناد إليها. وإزاء هذا التنوع الكبير في وسائل الإثبات وطرقه التي يتعين على القاضي تتبع إمكان الاعتماد عليها في القضية التي ينظرها فإن القضية الأخرى التي رتبها المؤلف على ضيق قواعد الإثبات وشكليتها تبدو فاسدة تماماً.

ويتأيد فسادها بما ذكره المؤلف نفسه في أواخر الفصل الثاني أثناء تعرضه للحديث عن القاضي «توبة بن نمير» واجتهاده الواسع الذي لم يكن يتقيد إلا بمقتضيات الإحساس العام والمواصفات المألوفة. وتتعارض النتيجة التي أثبتها المؤلف هناك مع ما يقرره هنا، ومن جهة أخرى فقد عرف الفقهاء الاعتماد على القرائن ونقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه وافتراض مسؤوليته على نحو مطلق أو على نحو قابل لإثبات العكس. (راجع مسائل تضمين الصناع ومسئولية الحمالين والناقلين).

ومن ثم حتم التنظيم الفعال لشئون الدولة الاعتراف بولايات قضائية أخرى غير محاكم القضاة. ولئن أدى المجال المحدد للفقه الشرعي إلى وقوع أنواع من القضايا برمتها خارج نطاق اختصاص المحاكم الشرعية ـ كالتقاضي في المسائل المالية التي اختص وإلى بيت المال بنظرها عادة ـ فإن نظام الترافع والإثبات الذي ألجئت إليه هذه المحاكم كان هو المسؤول أساساً عن تقلص ولايتها. والواقع أنه كان هناك مسؤول عرف «بصاحب الرد» كانت وظيفته بالتحديد هي النظر في القضايا التي رفض القاضي سماعها، لأن البينة التي قدمها المدعي لم تكن قد استجمعت المعايير الدقيقة التي ارتضتها أحكام الفقه وإن بدت هذه البينة في حد ذاتها قوية مقنعة.

وكان القانون الجنائي هو المجال الواضح الذي لا تستطيع فيه الدولة احتمال الطبيعية المضنية للمرافعات الشرعية. فقد كان التقاضي هنا راجعاً إلى الشرطة أساساً، وكان المختص بالنظر في مسائل هذا الفرع معروفاً باسم «والي الجرائم». وقد اعتمدت هذه المحاكم على الاستدلال بالقرينة، وسمعت شهادة الشهود المتهمين في عدالتهم، وأحلفتهم مع استجوابهم ومناقشتهم في شهادتهم، وحبست أصحاب التهم، وجرَّمتهم بالنظر إلى أخلاقهم المعروفة وسوابقهم[17]، وربما طلبت هذه المحاكم من المتهم أن يقسم بولي[18] معروف في المحلة بدلاً من القسم على القرآن الكريم. وبوجه عام فقد كان لهذه المحاكم أن تستخدم من المعايير ما تراه مناسباً في الكشف عن الجرم ولو بانتزاع الاعتراف من المتهم بالقوة. وباحترام هذه المحاكم لقواعد القانون الديني احتراماً اسمياً فإنه كان لها أن تطبق الحدود أو العقوبات المقدرة وإن لم يجب عليها ذلك حينما لا ترقى الأدلة المتاحة أمامها إلى المعايير الشرعية؛ وكذا أضافت هذه المحاكم إلى مرونتها في الإجراءات مدى واسعاً من الاجتهاد في تحديد العقوبات أعطى لأسلوبها في إقامة العدالة في المجال الجنائي هذا الطابع التقديري الذي تميزت به إلى حد بعيد.

(17) أوضح الماوردي أحكام هذه الولاية في كتابه الأحكام السلطانية ص 219، غير أنه لم يشر بأي شيء إلى اختصاص الشرطة بها. ومن ناحية فإن التغليظ على المتهم إنما ينحصر فيها إذا كان هذا المتهم من أهل الريب معروفاً بارتكاب مثل هذه التهمة، فإن لم يكن كذلك «خفت التهمة ووضعت وعجل بإطلاقه ولم يغلظ عليه». وولاية الجرائم بهذا المعنى تبع لولاية المظالم وفرع منها، وينطبق ذلك على ولاية صاحب الرد. ويتضح ذلك بالنظر إلى الفروق التي أجملها الماوردي بين نظر المظالم وولاية القضاء. الأحكام السلطانية ص 83.

(18) الحكم الفقهي الواضح هو أن اليمين لا يكون إلا بالله. وقد أجاز البعض الإحلاف بالطلاق والعتاق إن مست إليه ضرورة وكان من شأنه إظهار الحق، راجع ذلك في نتائج الأفكار تكملة فتح القدير 175/6.

وكذلك كانت قوانين الأراضي أمراً آخر أثار اهتمام الحكومة بشكل خاص، نظراً لأن كبار الملاك قد أخذوا أرضهم بإقطاع من الحاكم كي يحتفظ بولائهم له سياسياً. ولهذا السبب آثر الحكام غالباً أن يتولوا القضاء في هذا المجال بأنفسهم على أساس نظام الإثبات التقديري مع الالتزام بالأحكام الموضوعية بطبيعة الحال، وربما فوضوا فيها غيرهم ممن عرفوا بأصحاب المظالم[19]. ومن ثم كانت لولاية المظالم دائرة عمل أوسع بكثير من التحقيق في الشكايات ضد موظفي الدولة، فقد كانت حدودها تتسع إلى المدى الذي يراه الحاكم، فامتدت بذلك إلى الحد الذي أصبح يمثل في الغالب تحدياً خطيراً للمحاكم الشرعية، كما هو واضح من السلطات الشاملة التي أسندها الحكام المماليك في مصر «لمحكمة الحاجب»، تلك التي كانت تحكم في قضايا من القانون الخاص التابع في العادة لنظر القضاة.

ومن ثم فإن العمل القانوني الإسلامي قد ارتكز على نظام مزدوج من المحاكم. ومع أن كل الوظائف في الدولة الإسلامية كانت من الناحية النظرية ذات صبغة دينية فإن الفرق بين القضاء الشرعي والمظالم قد وصل إلى حد الاقتراب من مفهوم التفريق بين المحاكم الشرعية والعلمانية[20]، إذ إنه على حين اعتبر القاضي الممثل لقانون الله

---

(19) يدخل النزاع في الأراضي بصفة عامة ضمن اختصاصات القاضي العادي، غير أن النزاعات التي تثور حولها قد تخرج عن ذلك إلى اختصاص ولاية المظالم إذا اشتملت الدعوى على ظروف خاصة، كأن يحدث التعدي عليها من قبل ولاة الجور أو أصحاب النفوذ ممن يصعب على القاضي الانتصاف منهم، فتحال القضية حينئذ إلى نظر أصحاب المظالم الذين يستطيعون الفصل في هذا النوع من القضايا على نحو أكثر تحقيقاً للعدل والإنصاف: انظر: الأحكام السلطانية للماوردي ص 82.

(20) يريد المؤلف اقامة الفرق بين القضاة والمظالم بالنظر إلى أمرين، أولهما: التوسع في وسائل الإثبات في ولاية المظالم، خلافاً للنظر القضائي العادي الملتزم بوسائل الإثبات التي وصفها المؤلف كثيراً بالضيق والتشدد. والآخر: الاختصاص بالنظر في قضايا معينة؛ إذا اختصت المظالم بالموضوعات القانونية العامة التي رأى المؤلف أن الفقه لم يهتم بها لتركيزه على العلاقة الخاصة بين العبد وربه عز وجل. ومن ثم بدت المظالم في رأيه أكثر اختصاصاً بالموضوعات الجنائية والإدارية والمالية والأراضي، نظراً لأهمية هذه الموضوعات بالنسبة للتنظيم الاجتماعي. أما القضاء العادي فيختص بموضوعات القانون الخاص المتمثلة أساساً في المعاملات المدنية وأحكام الأسرة.

ومن العجيب حقيقة أن يصل المؤلف من إقامة الفرق بين ولاية المظالم والقضاء إلى حد القول باعتبار الفرق بينهما مساوياً للفرق بين المحاكم العلمانية والشرعية في العصر الحديث، في محاولة سافرة منه لتبرير الوضع القانوني القائم في البلاد الإسلامية في العصر الحديث، ومتناسياً حقيقة =

فقد اعتبر صاحب المظالم الممثل لقانون الحاكم. وقد تكشف هذه الواقعة التفصيلية المستمدة من العمل القانوني في مصر أثناء القرن التاسع [الثالث الهجري] عما من شأنه أن يوضح هذا التفريق، فقد عقد صاحب المظالم ـ حينما حل محل القاضي أثناء غيابه غياباً مؤقتاً ـ مجلسه للحكم في مبنى خاص، متحولاً عن المسجد الذي كان المجلس المألوف لحكم القاضي[21].

وقد قام الفكر التشريعي في القرن الحادي عشر [الخامس الهجري] وما بعده بتطوير فقه القانون العام(خ)، ليقدم صياغة نظرية للوضع الذي شغلته الأحكام

= قررها في الفقرة السابقة على زعمه هذا مباشرة، وهي أن محاكم المظالم كانت ملزمة بأحكام الفقه الموضوعية التي كانت المحاكم العادية ملزمة بتطبيقها كذلك. وليس الأمر كذلك في المحاكم العلمانية الحديثة التي تطبق قوانين مستمدة من الغرب، تختلف في المصدر وفي طبيعتها مع القانون الذي كانت تطبقه محاكم المظالم والقضاة على السواء. الواقع أن تحليلات المؤلف في هذا الفصل كله تنطلق من الرغبة في إثبات هذا الزعم الغريب والشاذ بأي مقياس.

(21) تقدم ـ في التعليق السابق مباشرة ـ أن المؤلف يقيم الفصل بين المظالم والقضاء على الموضوعات التي اختصت كل منها بنظرها فضلاً عن أساليب الإثبات المعتمدة لديها. والواقع أن إقامة الفرق بينهما على أساس موضوعات ولاية كل منهما عسير للغاية، فنظر قاضي المظالم والقاضي العادي إنما يتحدد في عقد توليتهما في ضوء اعتبارات تنظيمية عديدة، وكثيراً ما وسد للقضاة النظر في المظالم. وكل هذا يدل على تعاون الولايتين في إقامة العدالة. والفرق الأساسي الوحيد بينهما فيما يستخلص من كتابات الفقهاء المسلمين أن ولاية المظالم مختصة بتلك الأحوال التي لا يستطيع القاضي العادي الفصل فيها نظراً لسطوة المتهم وقوة نفوذه. ولذلك اشترط في القائم بها أن يكون جليل القدر عظيم الهيبة، له سلطان مباشر كأن يتولاها الوزير أو الوالي أو الخليفة، أو يستند في ولايته لها إلى واحد من هؤلاء. وكثيراً ما كان القضاة يفوضون عن هؤلاء في نظر المظالم. وتتصل الموضوعات المسندة إليها بطبيعتها القوية هذه، فهي تختص بالنظر في القضايا الناشئة من جور الولاة وموظفي الدولة وتقوم بتنفيذ الأحكام القضائية التي عجز القضاة بوسائلهم المحدودة عن تنفيذها. وهكذا فإن ولايتها تستند إلى هيبة الدولة وقوة سيادتها، وتنظر في كل الموضوعات ابتداء من سوء سلوك بعض الحكام والموظفين إلى قضايا الزواج والوقف. فقد ذكر المؤلف نفسه ـ أثناء حديثه عن قضية دار الفيل ـ إن المدعين رفعوا أمرهم إلى الخليفة، وأنه شكل لجنة للنظر في قضيتهم، على نحو مكنه من إنهاء تردد القضاة واختلافهم في الحكم في هذه القضية. ويدل ذلك على التقاء القضاء والمظالم في الموضوعات القضائية وطبيعة الأحكام التي يصدرانها، وإن اختلفا بعد ذلك في الوسائل المتاحة لكل منهما في تنفيذ العدالة. أما استئناس المؤلف على الفرق بينهما بتحول صاحب المظالم عن مجلس القاضي أثناء نيابته عنه إلى مكان آخر فربما يدل على عكس النتيجة التي أرادها، فهذه النيابة أقوى في إثبات التوافق بين الولايتين من اختلاف المكان.

الشرعية في توجيه شؤون الدولة الإسلامية[22]. ومن حيث المبدأ فإن مذاهب أهل السنة تتفق جميعها بالنسبة للشروط الواجب توافرها فيمن يتولى منصب الخليفة على وجوب استجماع أمرين أساسيين: كمال التقوى، والقدرة على إدراك أحكام الشرع وتحقيقها بطريق الاجتهاد، كما تعترف جميعها كذلك بأن الحاكم المتمتع بهذه الصفات من حقه أن يتخذ من الإجراءات ما يراه مناسباً لتطبيق أحكام الشرع والقياس عليها. وهذا النوع من الحكومة هو المعروف بأنه «يوافق السياسة الشرعية». ومن الواضح أن مصطلح الشرعية[ذ] هنا ذو مضمون أوسع بكثير من المعنى الفني للقانون الذي يتضح في مؤلفات الفقهاء والذي نعتمده دائماً في هذا الكتاب. فبالنسبة لفقهاء القانون العام كان مفهوم التزام الحاكم بالحكم وفق الشريعة يعني أنه ملزم بتحقيق مقاصد الشرع العامة للمجتمع الإسلامي. ولئن كان الفقه الشرعي قد قام بشرح تلك المقاصد في صيغة حقوق للأفراد وواجبات عليهم وبتحديد معايير لسلوكهم لا يصح نقضها، فقد كان الواجب الأول والأعم للحاكم متمثلاً في حماية المصالح العامة، وفي تعهده لهذا الواجب كان له مطلق الحق في الاجتهاد بنفسه لتحديد كيفية تحقيق مقاصد الشرع للمجتمع المسلم على أفضل وجه حسب الظروف والأزمان.

إن محكمة القاضي، حسب المؤلفات في القانون العام [كتب السياسة الشرعية والأحكام السلطانية]، تمثل أداة التقاضي العادية، و«أساس النظام القضائي»[س]. والنهوض بواجب القضاء ذو قيمة دينية مرموقة، وهو عمل حيوي للدولة، ونفور العلماء من القيام به يعد أمراً مذموماً إلى حد بعيد. ومع ذلك اعترف النظر الفقهي بالتحديدات التي أملتها طبيعة القانون الشرعي على عمل القاضي حينما أجاز له أن يمتنع عن الحكم في القضايا التي لم تستجمع بينتها المعايير الشرعية الدقيقة، وإن كانت هناك وجهة نظر نصادفها كثيراً وتتمثل في وجوب أن يعمد القاضي إلى تطويع الأحكام النظرية لمقتضيات الضرورة العملية، فيقبل ـ على سبيل المثال ـ شهادة رجال لم يتصفوا بالعدالة في معناها الدقيق[23].

(22) ربما يشير المؤلف إلى كتاب الأحكام السلطانية ومؤلفه الماوردي الذي عاش في القرن الخامس والمتوفى سنة 450 هـ. ومع أن هذا الكتاب على قدر كبير من الأهمية في التأليف الفقهي فإنه مسبوق بمحاولات عديدة في معالجة موضوعه نفسه. ولمعرفة بعض هذه المحاولات انظر مقدمة تحقيق كتاب «غياث الأمم» الذي وضعه إمام الحرمين الجويني (ت 478 هـ)، والذي حققه الدكتور مصطفى حلمي وآخر. وإذا كان الأمر كذلك فإن تعيين القرن الخامس الهجري بداية لقيام الفكر التشريعي بتطوير فقه القانون العام أمر يحتاج إلى إعادة نظر.

(23) يتفق الفقهاء على اشتراط العدالة في الشاهد لقبول شهادته والحكم على أساس منها، وعلى رد =

وترتفع محاكم المظالم في سلم السلطة القضائية، فوق القضاة، وأحكامها هي التعبير المباشر عن السلطات القضائية والتنفيذية الواسعة للمحاكم، وولايتها أرفع في الدرجة؛ فقد اعترف لها خاصة بالحق في صياغة أحكام موضوعية إضافية تلتحق بالأحكام الفقهية المقررة. ومن الأمثلة على هذا النوع من النشاط ما ذكره الماوردي عن سابقة تتمثل في حكم الإمام علي الذي أسس به قاعدة: الإهمال المشترك Contributory Negligence. ذلك أن ثلاث جاريات كن يلعبن لعبة «الامتطاء»، وبينما كانت إحداهن تمتطي أخرى إذ بالثالثة تقرص المركوبة لتقمص فتوقع الراكبة[24] التي ماتت من سقطتها فقضى عليٌّ بوجوب أن تتحمل كل جارية منهن ثلث الدية المفروضة. ولئن كانت الأحكام الباكرة التي من هذا النوع قد صارت جزءاً لا يتجزأ من الفقه فإن فقه القانون العام [السياسة الشرعية] لم يضع أي قيد على ممارسة الحاكم فيما بعد لهذه السلطة، فيما عدا القيد الطبيعي المتمثل في وجوب ألا تنقض هذه السلطة أي تحريم نصَّ عليه الشرع. ومن الطبيعي أن يكون لإسهام ولاية المظالم أهمية بالغة، نظراً إلى أن التفكير الفقهي كان قد صار إلى الجمود في قوالب محددة، فقدمت ولاية المظالم هذه ـ بالنسبة للمشتغلين بالقانون العام في الأقل ـ الأداة المتاحة لتطوير التشريع الإسلامي إلى مدى يكاد يشبه المدى الذي وصلت إليه فكرة العدالة «Equity»[25] في تحرير النظام القانوني الانجليزي من الجمود الذي كان عليه «القانون العرفي».

= شهادة الفاسق وعدم الحكم بناء عليها، ففي ذلك تضييع لحقوق الناس. لكن بعضهم قد توسع في قبول شهادة المستور الحال الذي لم يعرف بعدالة ولا فسق، بل إن أبا حنيفة والحسن البصري لم يوجبا على القاضي السؤال عن الشاهد ورأيا أن له أن يحكم بشهادة من لم يطلع على حاله ما لم يطعن الخصم؛ فالمسلمون عدول على بعضهم، وآية المداينة تعطي القاضي هذا الحق بقولها: (ممن ترضون من الشهداء)، فإذا عمل بعض القضاة بهذا الرأي كان مسلكهم مبرراً بهذا الرأي.

(24) ذكر الماوردي نسبة مسألة القارصة والقامصة والواقصة إلى عليٍّ [ص 78 من الأحكام السلطانية]، وأشار الإمام الشافعي في الأم [163/7] إليها بقوله: «والواقصة جارية ركبت جارية، فقرصتها جارية فقمصت فوقصت المحمولة فاندق عنقها فجعلها [أي الدية] أثلاثاً». وتذكر كتب الأحناف رواية أخرى عن علي خلاصتها أنه أوجب دية المقتولة على عاقلتي الجاريتين المشتركتين في الخطأ المفضي إلى الموت. انظر فتح القدير 348/8.

(25) تتردد هذه الكلمة Equity كثيراً في الإشارة إلى الفلسفة التي قام عليها القانون الانجليزي، وكان يعني أصلها اللاتيني aequitas في البداية مجرد المعاملة المقبولة التي تصدر عن إحساس بالمساواة، وقد تأثر بالكلمة الإغريقية emeikia التي كانت تتضمن معنى المسئولية والاعتدال. وعني بها في هذا القانون الرجوع إلى مبادىء العدالة الطبيعية التي تضمنتها =

وبغض النظر عن «والي الجرايم» الذي ربما كـان يتولى شيئـاً من ولاية المـظالم في مجال القانون الجنائي بخاصة فإن فقه القانون العام قد اعترف بولايـات قضائيـة أخرى أقل مرتبة من ولاية القاضي، نظراً لاختصاصاتها المحددة. غير أن أغلب هذه الولايات وظائف إدارية ومعاونة لعمل القاضي في أحيان كثيرة كالقيام بتقدير الضرر اللاحق بالأموال أو تقدير الأرش في الجراح اللاحقة بالأشخاص. ولا شك في أن أقرب هذه الوظائف الثانوية المذكورة في النصوص الفقهية صلة بالطابع الإسلامي هي وظيفة «المحتسب» الذي كان مسئولاً عن الإشراف العام على المصالح الدينية والخلقية لمنطقة معينة، فاتسعت الواجبات الموسدة إليه من الحمل على أداء الصلاة والصيام إلى اتخاذ الأساليب الملائمة للمحافظة على الفصل بين الجنسين في الأماكن العامة. كذلك كانت له سلطة خاصة في التعامل السريع مع المخالفات التي تحدث في الأسواق كإخفاء مواد الطعام أو الغش بكتمان العيوب في التجارة؛ غير أن هذه الولاية المحدودة إنما هي مجرد عمل مكمل لدوره الأساسي المتمثل فيما قد عبر عنه بعض الكتاب[26] من أن ولايته الفصل في القضايا التي تقصر عن مكانة القاضي ولا ترتفع إلى رتبته بينما تختص محاكم المظالم بالنظر في القضايا التي ترتفع عن ولاية القاضي وتقصر دونها قدرته[ظ].

ومن وصف المؤلفين في القانون العام للبناء الكلي للنظام القضائي على هذا النحو يبدو أنهم كانوا إنما يشرحون الوضع القائم المعروف لديهم، وأنهم لم يكونوا يعرضون أو يقررون النظام الصحيح الأوحد أو الذي يجب على جميع المسلمين التزامه؛

= القوانين الرومانية، كما عني بها في القانون الانجليزي بخاصة الإشارة إلى النظام القانوني الذي نشأ مستقلاً عن القانون العرفي Common Law الذي كانت تنصرف إليه كلمة قانون بمعناها الضيق. وقد تطور هذا النظام المبني على العدالة من القرارات الصادرة في قضايا سكت عنها القانون العرفي، بعد أن حظيت هذه القرارات باعتبارها سوابق قضائية ملزمة، وكانت ـ في أهم ما تتسم به ـ أقل تزمتاً وجموداً من أحكام القانون العرفي. ولذلك نشأت في انجلترا محاكم خاصة تلتـزم في أحكـامهـا بهـذه القـرارات، كـانت رئـاستهـا مـوكلة إلى محكمـة تشـانسـري Court of Chancery، ثم أصبحت المحـاكم الانجليزيـة جميعها ملزمـة بالعمـل بأحكـام القانـون العرفي أو الأحكام القائمة على أسـاس من مبدأ العـدالة، مـع ترجيـح الأخيرة في أحـوال التعارض. وقـد حدث هذا التطور الأخير منذ سنة 1873 م.

(26) ربما يشير المؤلف إلى الماوردي ضمن ما يشير إليه بعبارته هذه؛ فقد عقد الماوردي مقارنة بين المظالم والحسبة، ليشير إلى أن أول وجه للفرق بينهما هو أن «النظر في المظالم موضوع لما عجز عنه القضاة، والنظر في الحسبة موضوع لما رفه عنه القضاة، ولذلك كانت رتبة المظالم أعلى ورتبة الحسبة أخفض». الأحكام السلطانية.ص 243.

فإنهم اعترفوا فعلاً بأن توزيع السلطات القضائية من حق الحاكم وحده، وأن نطاق تنظيماته الحكومية يجب أن يتحدد بالضرورة طبقاً لمقتضيات الزمان والمكان. ومن الناحية التاريخية فإن حدود الولايات المختلفة لكثير من الوظائف القضائية قد تفاوتت إلى حد كبير من فترة إلى فترة ومن منطقة إلى أخرى؛ فابن تيمية ـ الذي كتب أعماله في القرن الرابع عشر [الثامن الهجري] ـ مثلاً قد ذكر أن السلطة العسكرية في مصر وسوريا في أيامه كانت مختصة بأكثر القضايا الجنائية وبعض القضايا المدنية، غير أنها لم يكن لها اختصاص قضائي في المغرب آنذاك مطلقاً، بل اقتصرت وظيفتها على إنفاذ أحكام القضاة. كذلك كان القضاة أنفسهم يقومون بالعمل في المحاكم الشرعية والنظر في المظالم أحياناً، وإن كان المبدأ العام هو اختصاصهم بقضايا القانون الخاص والقانون الأسري والميراث، والتعاقدات والأضرار المدنية والأوقاف[27].

ولعل التشريع الجنائي هو الذي يزودنا بالمثال الواضح لهذه السلطات التقديرية الواسعة التي أعطا لها فقه السياسة الشرعية للحاكم. ففيما يتصل بقانون الإثبات كان له أن يأمر بالأخذ بأي أسلوب[28] يراه كفيلاً بالكشف عن الجاني؛ فكما يذكر أحد المؤلفين: «أنطلب اليمين من كل متهم فقط لنطلق سراحه بعد ذلك، ونحن نعلم باعتياده الإجرام، تعللاً بأننا لا نستطيع إدانته إلا بشاهدين عدلين؟ إن هذا مخالف للسياسة الشرعية[غ]! أما بالنسبة للقانون «الموضوعي» فقد كان الحاكم حراً تماماً ـ في

(27) ذكر ابن تيمية أن «عموم الولايات وخصوصها وما يستفيده المتولي بالولاية يتلقى من الألفاظ والأحوال والأعراف؛ ليس لذلك حد في الشرع. فقد يدخل في ولاية القضاء في بعض الأمكنة والأزمنة ما يدخل في ولاية الحرب في مكان وزمان آخر وبالعكس، وكذلك الحسبة وولاية المال... وإذا كان ذلك كذلك فولاية الحرب في عرف هذا الزمان في هذه البلاد الشامية والمصرية تختص بإقامة الحدود التي فيها إتلاف مثل قطع يد السارق وعقوبة المحارب... ويدخل فيها الحكم في المخاصمات والمضاربات.. كما تختص بإثبات الحقوق والحكم في مثل ذلك والنظر في حال نظار الوقف وأوصياء اليتامى وغير ذلك مما هو معروف. وفي بلاد أخرى كبلاد المغرب ليس لوالي الحرب حكم في شيء، وإنما هو منفذ لما يأمر به متولي القضاء». ص 11 من كتاب ابن تيمية: الحسبة في الإسلام، طبعة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة.

(28) حدد الفقهاء الأساليب التي يصح للحاكم الأخذ بها في حدود السياسة الشرعية، وإلا فإنه يكون متبعاً لسياسة ظالمة غير شرعية. انظر تفريق ابن القيم بين هذين النوعين من السياسات في إعلام الموقعين: 372/4، وهنا يحرر ابن القيم الآراء المتعددة في مسألة حق الحاكم في العمل بمقتضى السياسة، ناقلاً توسع بعض الفقهاء في ذلك وتضييق بعضهم الآخر، ومقرراً في النهاية أن الحقيقة في التوسط بين حدي الإفراط والتقصير.

غير مجال الحدود ـ في تحديد التصرف الذي يمثل جريمة[29] ووضع العقوبة لكل حال على حدة. ومثل هذه العقوبة التقديرية هي المعروفة «بالتعزير»؛ فالهدف منها هو منع المتهم نفسه وغيره من ارتكاب مثل هذا التصرف. غير أن جمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى أن عقوبة التعزير يجب أن تنحصر في الجلد والسجن. وألا تتجاوز العقوبة المقدرة من جنسها في الحد أبداً، وهي مائة جلدة أو مدة عام في السجن[30] أما المالكية فكان وجوب تناسب العقوبة مع الجناية وطبيعة الجاني هو الأصل المطبق عندهم بإطلاق، وقد يجب العقاب بالقتل إذا اقتضاه هذا التناسب. وأخيراً ومع أن المقصد العام من العقوبة التعزيرية هو المنع من أي تصرف يخل باستقرار نظام الدولة فإن الحاكم كان يفرض أحياناً هذه العقوبة في قضايا ذات طابع مدني بحت[31]؛ فقد كان يقضي بتعزير المعتدي بالقتل أو الجرح إذا عفا عنه المجني عليه أو وليه.

وإنما أعطى الفقه لولي الأمر هذه السلطات التقديرية الواسعة بناء على افتراض كونه مهيئاً لشغل منصبه ومؤهلا له على نحو نموذجي. وهنا تبدو الطبيعة المثالية للنظر الفقهي بأكبر قدر من الوضوح؛ فلم تكن هناك هيئة دستورية أو هيئة قضائية مستقلة بشكل يضمن كون الحاكم مؤهلاً على هذا النحو، وأنه لن يسيء استخدام سلطاته. ولئن بين الفقه بوضوح كامل أن المفهوم الذي تقوم عليه الدولة هو الاحتكام إلى شرع الله فإنه لم يذهب أبداً إلى ما يمكن أن يمثل تحدياً خطيراً لسلطات الحكام المطلقة المتحكمة في التطبيق العملي للشريعة[32]. وقد وصل أخيراً إلى موقف الاستسلام

---

(29) التجريم لا يكون إلا بنص، كما نقلنا عن المرحوم عبد القادر عودة الذي درس المسألة دراسة وافية، منتهياً إلى أن سلطة القاضي في التعزير ليست تحكمية، وأنه لا يستقل عن الشرع بالتجريم: التشريع الجنائي 117/1, 152.

(30) عرفه المرحوم عبد القادر عودة بأنه: «تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود». السابق: 127/1؛ فهو تأديب على ذنوب ومعاص لم تقدر لها الشريعة عقاباً محدداً، وإن حددت عقوبات معينة، تاركة للقاضي الاختيار من بينها حسب نوع الجريمة وظروف المجرم. ولا تنحصر العقوبات التعزيرية فيما ذكره المؤلف، فقد يكون بالتوبيخ والزجر بالكلام، وقد يكون بالحبس وبالنفي، وبالضرب وبالغرامات المالية. انظر: المرجع السابق، والحسبة في الإسلام لابن تيمية ص 46 وما بعدها.

(31) التعزير بالقتل عند عفو ولي الدم ليس عقوبة في قضية مدنية، وقد ناقشت الحقوق المتعلقة بالقصاص في الفصل الأول.

(32) بين الفقه الأحكام الشرعية، ونقد الفقهاء سياسات الحكام القائمة على مخالفة هذه الأحكام، =

الخانع للحاكم والاعتراف بشمول سلطته في الحكم بوجوب طاعة ولي الأمر مهما كانت سياسته، فأكثر السياسات طغياناً وفساداً أولى من الفتن الداخلية[33]. لقد اضطرب ترتيب الولاء الذي أمرت به الآية القرآنية: **﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾**[34]، وغدت الشروط المقيدة لممارسة الحاكم سلطاته الفعلية إنما تنبع من وحي ضميره وحده.

ولعل ما قررناه حتى الآن كاف في إظهار أن القانون الشرعي ـ وإن كان أساسه الديني قوياً في إنشاء بناء مثالي شامل للسلوك الفردي ـ إنما يمكن أن يشكل جانباً واحداً من جوانب النظام القانوني الإسلامي. وقد جاء فقه السياسة الشرعية مستنداً إلى تحليله الواقعي لطبيعة القانون الشرعي وتطور الأخذ بأحكامه في تنظيم شؤون الدولة ليقبل حتمية وجود ولايات قضائية أخرى بجانب القضاء الشرعي وليقرر مشروعية هذه الولايات القضائية التي لا يمكن اعتبار مجرد وجودها ابتعاداً عن القضاء الشرعي

= وتعرضوا لذلك إلى كل أنواع الابتلاء والمحن، وتكفي قراءة سيرة حياة بعضهم للاطلاع على ما لاقاه بعضهم من صنوف العنت والإرهاق في إحقاق الحق وإبطال الباطل.

(33) ليس صحيحاً تصوير موقف الفقهاء على هذا النحو؛ وإذا رجعنا إلى عباراتهم ذاتها وجدنا أنهم متفقون عبر العصور على أن الإمام أمين على الأمة، ومسؤول بمقتضى هذه الأمانة عن شؤون هذه الأمة أمامها وأمام الله عز وجل، فإذا قام بمسئوليته المحددة بدقة وجبت طاعته وإلا فلا. ويتحدث الشافعي والماوردي والجويني وابن حزم والغزالي وغيرهم بلغة واحدة في أن الإمام والوالي والقاضي ينعزلون جميعاً بالفسق والجور، بل يقرر الإيجي في المواقف على نحو غاية في الوضوح أن «للأمة خلع الإمام وعزله بسبب يوجبه». أما مذهب «الصبر» على الإمام الجائر، وقبول إمامة المتغلب فقد قال به بعض الفقهاء توقياً للفتن الداخلية التي قد تزيد شرورها والأضرار التي تقود إليها على ضرر بقاء التغلب في الحكم، أما إن كانت شرور بقائه في الولاية أكثر من شرور الفتنة الداخلية فإنهم لا يترددون كغيرهم في وجوب الخروج عليه. وهذا هو الذي تؤيده المواقف العملية حتى في الفترات المتأخرة. ففي أوائل العصر الحديث قاد الفقهاء ثورات مسلحة للتغيير. من أمثلتها ما قام به عثمان بن فودي في نيجيريا ومحمد بن عبد الوهاب في الجزيرة العربية والحاج عمر السنغالي في جنوب الصحراء الأفريقية. ويرتبط الكفاح ضد انكلترا في شبه القارة الهندية بأسماء عدد كبير من فقهاء الدين الإسلامي، وفي مصر قام السيد عمر مكرم تعبيراً عن الأمة كلها بخلع الوالي التركي وإحلال محمد على محله، وإن أثبت الواقع بعد ذلك أن اختيارهم لم يكن في محله. والحقيقة أن المؤلف يردد هنا الزعم نفسه الذي ردده عدد كبير من المستشرقين من بينهم أرنولد وماكدونالد، وقد علق الدكتور الريس على زعمهم هذا في كتابه: النظريات السياسية ص 344 وما بعدها.

(34) النساء، آية: 59.

بأي حال، والواقع أن الحكومة الإسلامية ما عنيت ـ سواء في النظر أو التطبيق ـ أن ينحصر القضاء في المحاكم الشرعية أبداً [35].

---

(35) يقترب هذا الفصل من الفصول التي سيبدأ فيها المؤلف تناوله للأوضاع التشريعية للعالم الإسلامي في العصر الحديث. لذلك أراد أن يثبت بعض النتائج التي تعينه على إثبات وجهة نظره في هذه الأوضاع التشريعية، وهذا هو السبب فيما يتسم به هذا الفصل من تعقيد أحياناً، وبعد عن الدقة في أحيان أخرى.

وفي هذا الفصل يبحث المؤلف النظام القضائي في الدولة الإسلامية ومدى التزامه بالأحكام الفقهية، منطلقاً بتحليلاته كلها من رغبة لم يكف المؤلف عن تأكيدها وتتمثل في إثبات نوع من الازدواجية في التطبيق القانوني الإسلامي يماثل هذه الازدواجية التي يشهدها العالم الإسلامي في العصر الحديث منذ فرضت عليه القوى الاستعمارية استمداد قوانينه الأساسية من أوروبا وإقامة هذا النوع من المحاكم العلمانية المطبقة له، إلا في مجال ما سمي بالأحوال الشخصية، فقد بقيت السيطرة فيه عموماً للمحاكم الشرعية وأحكام الفقه الإسلامي.

والواقع أن فرض هذا الوضع الذي تجاهد الشعوب الإسلامية حالياً في التخلص منه على كل التاريخ القانوني الإسلامي نموذج لما يمكن أن يؤدي إليه الهوى في تضليل الباحث عن رؤية الحق ولا يمكن للمؤلف ـ إذا أعاد التفكير في الأمر ـ أن يتصور شبهة حق في هذا الذي يقرره؛ فهو يعرف جيداً تلك الظروف التي أدت إلى قيام المحاكم العلمانية، وهو يعرف أن محكمة المظالم كانت ملتزمة بأحكام الفقه بعد ثبوت التهمة، أما أسلوبها في التحقيق فقد اتسم بالتوسع في بعض الأحوال التي اقتضت هذا التوسع، وهم في هذا التوسع أيضاً يستندون إلى رأي فقهي أو آخر. والأمر كما قال الماوردي أن قضاة المظالم يخرجون قبل إثبات التهمة في التحقيق مع من عرف بارتكاب مثلها «عن ضيق الوجوب إلى سعة الجواز». ومع ذلك فلو افترضنا حدوث بعض الخروج على أحكام الفقه في اجتهاد قضاة المظالم ـ ومن شأن ذلك أن يحدث أحياناً ـ فإنه لن يكون سوى استثناء يؤكد الأصل وهو سيادة الأحكام الشرعية في التطبيق القانوني؛ ولن يكفي هذا الاستثناء لإلحاق محاكم المظالم بالمحاكم العلمانية، كما لا يمكن اعتبار المحاكم العلمانية محاكم شرعية إذا التزمت ببعض أحكام الفقه وطبقتها. والأمر أخيراً أن المؤلف لا يمكنه الجمع بين واجبه في احترام عقل القارىء وإصراره على هذه النتيجة التي شذ بها عن كل فهم سليم.

لقد كانت رغبة المؤلف في إقامة هذه النتيجة هي السبب في تصويره بعض القضايا تصويراً لا يتسم بالدقة في الأقل. فقد اضطر ـ كما أشرت سلفاً ـ إلى الفصل بين ولاية القضاء وولاية المظالم فصلاً موضوعياً، مخالفاً بذلك ما قرره الفقهاء المسلمون الذين وصفوا النظام القضائي الإسلامي وهو يعمل. كما اضطر المؤلف أيضاً إلى افتراض ابتعاد الفقه عن تناول مسائل القانون العام، وجمود نظام المرافعات الشرعية القائم على أسس مثالية لا جلد لها على ضبط الواقع ومواجهته في قاعات المحاكم، ذاهباً من ذلك إلى أن المظالم هي التي استكملت هذا النقص بتوصلها إلى أحكام تخرج عن نطاق الأحكام الشرعية التي بحثها الفقه. وهذه تفصيلات اضطر إليها المؤلف لإقامة نتيجته الفاسدة بوضوح، وقد ناقشتها مناقشة تفصيلية في مكانها.

الفصل العاشر

الفقه والمجتمع الإسلامي

يقضي الفكر الإسلامي أنه ينبغي بمجرد الدخول في الإسلام هجر قواعد السلوك التي نشأت من التجارب الماضية أو الاحتياجات الحاضرة للمجتمع[1] والاحتكام بدلاً من ذلك إلى أحكام الشرع التي تبلورت في صيغتها «الكلاسيكية» خلال القرن العاشر [الرابع الهجري]. وهدف هذا الفصل هو تأمل نتائج التوتر الجوهري الناشىء من ذلك - في المجتمع الإسلامي الذي يمتد إلى مختلف مناطق العالم - بين أحكام الفقه وما استقر عليه العرف في المجالين الأساسيين للقانون الخاص، وهما قانون الأسرة وقانون المعاملات المدنية.

أما قانون الأسرة فقد كان مطبقاً في عمومه لدى الشعوب الإسلامية العربية وفق القواعد الفقهية الدقيقة. فهذا النظام القائم على أعراف تلك البلاد التي نشأ فيها الفقه كالحجاز والعراق، والذي استوعب في إطاره بشكل طبيعي هذه الإصلاحات[2] التي

---

(1) لم يوجب أحد طرح الاحتياجات الحاضرة، أو حتى المستقبلة، بل الواجب مراعاة هذه الاحتياجات إذا كانت تمثل مصالح حقيقية للمجتمع؛ فالمعروف أن أحكام الفقه مبنية إما على نص أو مصلحة.

(2) هل هي مجرد إصلاحات استبقت جوهر النظام السابق أو أنها تغييرات جذرية، هدمت شكل المجتمع السابق - وكل مجتمع آمن بها بعد ذلك - وأقامت بناء جديداً في العقيدة والخلق والتشريع؟ ناقشت ذلك في الفصل الأول موضحاً أنها كانت تغييرات جذرية. وبناءعلى ذلك فلم يكن المجتمع العربي في وضع أفضل من غيره بالنسبة لاستقبال التشريعات التي جاء بها الإسلام.

أتى بها النبي [ﷺ] كان من شأنه أن يتوافق مع المزاج الخاص للمجتمع العربي وأن يلقى تأييده ونصرته. أما بالنسبة للشعوب الأخرى غير العربية فقد أثار أخذها بأحكام الفقه مشكلات حادة، نظراً لغرابة مفاهيمه الأساسية عن البناء التقليدي لمجتمعات هذه الشعوب في أكثر الأحوال.

لقد كان العرف المحلي في بعض هذه المجتمعات من القوة بحيث حال تماماً دون الأخذ بأحكام الشريعة في تنظيم علاقاتها الأسرية. نعم كانت هذه المجتمعات مخلصة في اعتناقها للدين وممارستها لشعائره، بيد أنها قبلت الإسلام ديناً لا طريق حياة، ومن ثم لم يكن إسلامهم من وجهة النظر المحافظة سوى إسلام سطحي. ولسنا نقصد هنا ذلك الوضع الذي تتعارض فيه قواعد السلوك الاجتماعي مع أحكام القانون فيما لو حاولت المحاكم فرضه على الناس ـ فقد عرف المجتمع الإسلامي كغيره من المجتمعات مثل هذه الحال ـ بل ينصرف اهتمامنا هنا إلى تلك المجتمعات المسلمة التي كانت محاكمها الرسمية تطبق قانوناً آخر غير القانون الشرعي. فعلى سبيل المثال احتكمت شعوب البربر في الشمال الأفريقي ـ ولا تزال ـ إلى قانونها العرفي الذي تتضمن أحكامه اعترافاً قوياً بالسلطة الأبوية. فالزواج في إقليم «كابيلي Kabylie الجزائري نوع من الشراء، حيث يدفع الزوج المهر إلى والد الزوجة، ثم إذا وقع الطلاق وهو عادة ما يكون طلاقاً بائناً[3] فإن الزوج يحق له طلب التعويض ـ الذي يكون عادة في حدود القدر الذي دفعه مهراً ـ من والد الزوجة أو ممن يتزوجها بعده[3]. وهذا القانون البربري العرفي، بما يتضمنه من نظرة خاصة إلى المرأة حتى ليعدّ إنكار حقوقها في الميراث ملمحاً من ملامحه الثابتة، هو المطبق على نصف المجتمع المسلم في المغرب تقريباً. وعلى طرف العالم الإسلامي المقابل لهذه الناحية جغرافياً يوجد قانون عرفي مختلف اختلافاً كاملاً عما هنا، اللهم إلا في أمر واحد وهو اختلافهما كليهما عن أحكام الفقه، وأعني بذلك القانون السائد في إقليم مييننغابو Menanghabu بسومطرة[ب2]، حيث تقوم المجتمعات على الخضوع لسلطة الأم. ومن قبيل ذلك أيضاً أن الأحكام الفقهية فيما عدا الشعائر والواجبات الدينية لا تكاد تطبق على الإطلاق في أقليم يوروبا Yoruba في غرب نيجيريا[ج2].

---

(3) أشار الحجوي في الفكر السامي 408/4 إلى هذا الموضوع، وناقشه في رسالة مفردة، وعبارته: «ومن المسائل التي زعموا جريان العرف فيها أن الطلاق كله بائن مع أن الطلاق إذا أطلق في القرآن انصرف للرجعي، ولا يكون بائناً إلا بأسباب مهما لم تكن صار رجعياً. ولي في رد ذلك رسالة فلينظرها مريدها».

أما بالنسبة للمجتمعات الإسلامية الأخرى فقد خضع العرف لأحكام الشريعة في بعض المجالات القانونية وإن استمر العمل به في بعضها الآخر، ففي شبه القارة الهندية مثلاً استمر الخوجا Khojas من الإسماعيلية والبهرة Bohra والكاتشي ممون[4] Cutchi Memon - بعد تحولهم من الهندوكية إلى الإسلام - على الاحتكام للقانون الهندوكي في الميراث، سواء ترك الميت وصية توزع التركة في حدودها أو لم يترك، ومن ثم ذهبوا إلى جواز الوصية بكل التركة، خلافاً للأصل الشرعي. وفي جاوة استمر تنظيم قواعد الميراث حسب أحكام القانون العرفي الذي يعلى من سلطان الأم، وبقي خارج ولاية المحاكم الدينية المختصة عموماً بتناول مسائل القانون الأسري[5] ولم يكن إخفاق الفقه في إزالة الأعراف الثابتة خاصاً بالمناطق الإسلامية النائية وحدها، ولا بهذه الشعوب التي حدث اعتناقها للإسلام في زمن متأخر نسبياً؛ فهناك عدد من القبائل العربية في اليمن لم تترك أبداً قانونها العرفي الذي يقضي ضمن ما يقضي به بأن المرأة لا تتمتع بأي حق من حقوق التملك.

وبرغم أن استبعاد القانون العرفي للمقررات الشرعية استبعاداً جزئياً أو كلياً على النحو السابق قد أسفر أحياناً عن الفصل الحاد بين مجالات التأثير الخاصة بكل من هذين النظامين، فقد امتزجت في أحيان أخرى بعض أحكام الشريعة مع عناصر من هذا القانون ليشكلا نظاماً قانونياً مركباً منهما تطبقه هيئة قضائية واحدة. وقد وقعت هذه الظاهرة بخاصة عقب انتشار الإسلام في مناطق جنوب الصحراء الأفريقية، حيث يبرز التاريخ مراحل هذا الامتزاج الذي تراوح من تطبيق المحاكم العرفية القائمة لأحكام الشريعة تطبيقاً جزئياً وغير مستقر إلى اعتراف المحاكم الشرعية بعناصر من القانون العرفي اعترافاً محدوداً.

ويقدم لنا العمل القانوني في شمال نيجيريا بعد انتصارات الفلانيين[6] في أوائل

---

(4) ليسوا من الإسماعيلية، وهم ينتسبون إلى أهل السنة.

(5) القضاءالشرعي في جاوة منحصر في الزواج والطلاق والرجعة، أما الميراث والوصية فمن اختصاص القضاء المدني المستمدة قوانينه من القوانين الأوروبية، وبخاصة الهولندي. أما في سومطرة وكليمانتون فالميراث والوصية من اختصاص القضاء الشرعي مثلما هو الأمر في البلاد الإسلامية الأخرى. ولإندونيسيا ظروفها الخاصة، حيث ينشط التبشير مستغلاً أوضاعاً عديدة يجب على البلاد الإسلامية الالتفات إليها.

(6) من أهم الحركات الإسلامية التي ظهرت في العصر الحديث تلك الحركة التي تنسب للشيخ عثمان بن فودي. وتماثل حركته في غرب أفريقيا حركة الوهابيين في الجزيرة العربية؛ فإن الشيخ =

القرن التاسع عشر بعض الأمثلة المعبرة عن تلك التنازلات التي ألجئت الشريعة لتقديمها لصالح العرف حتى أثناء المحاولة اليقظة لتطبيق الشريعة تطبيقاً شاملاً، حيث تعترف محاكم القضاة (أو الكالي في لغة الهوسا) بحق الزوجة في الحصول على فسخ الزواج بردها إلى الزوج المهر الذي أخذته منه. وبرغم أن هذا الفسخ قد يبدو شبيهاً بالفرقة المعروفة في الفقه بالخلع (وهو فراق الزوجة نظير دفعها مالاً) فإنه في الواقع تطبيق الحكم العرفي الذي يجيز للدولة الفرقة للزوجة إذا ردت ما أخذت. فالخلع في الفقه لا يتيح للزوجة أن تجبر الزوج عليه بإرادتها وحدها، كما هو حال هذا الفسخ، بل هو مجرد اتفاق لا بد فيه من الرضا الكامل للزوج. وكذلك كانت القواعد العرفية في تلك المناطق هي أساس قضاء المحاكم عادة بإنهاء حضانة المطلقة لأولادها الذكور عند بلوغهم عامين. فالمألوف في المذهب المالكي، الذي تلتزم «محاكم القضاة» في الأساس بتطبيقه، هو استمرار حضانة الأم الذكر إلى بلوغه. ولا ينحصر امتزاج الشريعة على هذا النحو في المناطق الأفريقية، ونعتقد أن مثالاً واحداً يكفي لتوضيح وجود هذه الظاهرة في غير هذه المناطق أيضاً. ففي جاوة Java حظي التنظيم العرفي للملكية المشتركة بين الزوجين أثناء حياتهما معاً ـ من منطلق افتراض قيام شركة مالية بينهما ـ على اعتراف المحاكم، فأتاح لها ذلك أن تقضي بأحكام كثيرة[7] ، من بينها حق المطلقة في أخذ ثلث ما أضيف لثروة الزوج أثناء زواجهما.

= بعد أن كتب له الانتصار على قوى الكفر هناك ترك لأخيه الحكم وتفرغ لمقاومة البدع. ويظهر ذلك من مؤلفاته العديدة التي كتبها في هذا، من أهمها كتابه إحياء السنة وإخماد البدعة». الذي طبعه الأزهر سنة 1962 هـ، بإشارة من شيخه آنذاك المرحوم محمود شلتوت وكتب مقدمته الدكتور محمد البهي. ومنها كذلك مخطوط بعنوان: البدع الشيطانية، وهو رسالة تتضمن هجوماً على البدع السائدة في منطقة الغرب الأفريقي. وللتعرف على حركته المباركة انظر: «الإسلام في نيجيريا» للشيخ عبد الله الألوري ط بيروت، «وإنفاق الميسور في تاريخ بلاد التكرور» تأليف محمد بلوط. القاهرة 1964 م و«الثقافة العربية في نيجيريا» للدكتور علي أبو بكر ط. بيروت 1972.

(7) يتضمن قانون الزواج الأندونيسي الصادر بتاريخ 2 من يناير سنة 1945 هذه القاعدة، فقد نصت المادة (35) من هذا القانون على ما يلي: «تصبح الأموال المكتسبة مدة الزواج ملكاً مشتركاً بين الزوجين» وأن «الأموال المكتسبة من قبل أحد الزوجين كالهدايا والمواريث تبقى ملكاً خاصاً له طالما لم يتفق الطرفان على غير ذلك».

وتوضح المادة (36) أسلوب التصرف في الأشياء المملوكة ملكية مشتركة بين الزوجين، وترى وجوب موافقتهما معاً على أي تصرف يجريه أحدهما في هذه الأشياء. وإذا كان للمرء أن يعلق بأي شيء هنا فيكفي القول بأن مثل =

ولننتقل الآن إلى موضوع المعاملات المدنية، حيث كانت آراء الفقهاء التقليديين ذات طابع مثالي إلى حد كبير؛ فقد نمت لديهم قاعدتا التحريم للربا والغرر بدقة منهجية بالغة منعت أي شكل للمخاطرة قد يحتف بالتعاقدات، وأنتجت معايير غير واقعية تماماً بالنظر إلى الاحتياجات العملية للمعاملات التجارية. ومن ثم كان الصراع بين الأحكام الفقهية واحتياجات المجتمع في هذا الصدد حاداً بدرجة كبيرة؛ وقد عانى منه المجتمع العربي في صدر الإسلام كما عانى منه الذين أسلموا بعد ذلك، مما أدى في النهاية إلى وجود وضع يختلف تماماً عما حدث في مجال القانون الأسري. ففي هذا المجال الأخير بدت التنازلات التي قدمها الفقه لصالح العرف المحلي دوماً بمظهر الانحرافات عن القانون الصحيح ولو نظرياً، كما بقيت النصوص الفقهية على حالها دون تغيير، مقررة الحكم الشرعي الذي يمثل مستوى أرفع من التطبيق القانوني المنحرف، بحيث ينفصل كل منهما عن الآخر تماماً، حتى في الحالات التي امتزج فيها العرف بالقانون الذي تطبقه المحاكم. أما في مجال المعاملات المدنية فقد اختلط الفقه بالعمل القانوني، ليعدل الأول من مبادئه بما يمكّنه من تلبية الاحتياجات الاقتصادية. ويتضح ذلك من الدراسة المختصرة لثلاثة أساليب أساسية تميز التطور القانوني في هذا الصدد:

أولها إيجاد نظام الحيل الذي تستغل فيه حرفية التشريع القائم بقصد تطويعه لتحقيق أهداف قد تخالف روح أحكام هذا التشريع مخالفة أساسية. ومن ثم أمكن إعمال القرض بفائدة على نحو يتيح للمحكمة الشرعية إمضاء الالتزامات التعاقدية الناشئة من هذا التصرف على الرغم من حرمة الربا. وقد تحقق إجراء ذلك بحيلة يسيرة تتمثل في عقد بيعتين في بيعة. وصورته أن يشتري زيد (وهو المقرض) من عمرو (وهو المقترض) سلعة بثمن يتفقان عليه (عشراً مثلاً) يدفعها المقرض حالاً، ثم يعود عمدو فيشتري السلعة نفسها من زيد بخمس عشرة. وتمثل الزيادة في ثمن السلعة نسبة الفائدة المتفق عليها فيما بينهما) يدفعها مؤجلة إلى وقت معين[8]. كذلك يستطيع الحنفي

= هذه الأحكام إنما ترجع إلى الظروف القائمة في إندونيسيا والتي لا تعمل على تغليب مثل هذه القواعد العرفية الساذجة، بل هدفها الأساسي هو الانتقاص من الشريعة وصرف المجتمع عن تطبيقها.

(8) هذا من «بيع العينة»، وهو عند المؤلف من الأمثلة التي يضربها لتأثر الفقه بالعادة في التعامل. فإذا تصفحنا بعض الكتب الفقهية فسنجد اتفاق الفقهاء على الحكم بإبطال صوره التي يتحقق فيها الربا، وهو في الصورة التي أشار إليها المؤلف قائم . ولذلك رأى الأحناف بطلان البيع الثاني لأنه=

إذا أراد بيع أرضه أن يتغلب على حق جاره في الشفعة، وأن يفسد احتمال قيام هذا الجار بطرد الأجنبي الراغب في شراء هذه الأرض، وذلك بأن يملك البائع هذا الأجنبي ـ على سبيل الهبة ـ شريطاً من أرضه ممتداً بحدود هذا الجار، ولو بعرض بوصة واحدة. ومن شأن تلك الهبة أن تقوض أساس حق الجار في الشفعة، فإنها لا تستحق عند الأحناف فيما يؤخذ بطريق الهبة لا البيع[9]. وأخيراً فإن من شأن الإقرار بالدين أن يكون كافياً بنفسه في الغالب لإنشاء التزام نافذ، مهما كانت طبيعة التعامل الذي أنشأ هذا الدين ومدى مخالفته للأحكام الشرعية؛ فقد رأى الفقه أن الدين المقر به على نحو صحيح ملزم بدون النظر في أصله وظروف منشئه، وهو نافذ لا يوقف الحكم بالوفاء به إلا إثبات عدم صدوره أو عدم مشروعيته إن تمكن المدعون من ذلك. ومثل هذا الإثبات السلبي عسير بأي مقياس بل يكاد يكون مستحيلاً حقيقة في ظل تشدد قواعد الإثبات الشرعية وضيقها[10].

= هو الذي يحقق الربا. [فتح القدير 207/5]. ورأى الشافعي أنه إذا ظهر قصد المتبايعين إلى الربا حكم ببطلانه [الأم: 33/2]، كما في هذه الصورة. أما المالكية فقد استندوا إلى قاعدة الذرائع، ورأوا أنه يؤدي إلى الربا المحرم فيحرم ما يؤدي إليه كذلك. انظر: الموافقات: 198/4، وبداية المجتهد 116/2 ط. لأهور. ولا يخرج مذهب الحنابلة هنا عن مذهب المالكية [راجع ما كتبه ابن القيم في إعلام الموقعين في مبحث الحيل]. وتظهر هذه الإشارات بوضوح أن الفقهاء متفقون على إبطال هذا التعامل وأنهم لم يضطروا إلى تصحيح هذا التصرف الذي ربما جرى عليه عمل بعض الناس أحياناً، لكن جريان العمل بالمحرم لا يحيله إلى حلال كما هو معروف انظر هذا الموضوع أيضاً في نيل الأوطار : 207/5.

(9) مذهب الأحناف أنه «إذا باع داراً إلا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له، لانقطاع الجوار، وهذه حيلة، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه، لما بينا». الهداية 39/4.

(10) لم يوضح المؤلف صلة الإقرار بالحيل. ولعله يعتمد هنا على ما قرره «شاخت» بقوله: «يلعب الإقرار دوراً هاماً للغاية في إنشاء أنواع عديدة من الحيل، إذ أنه يثبت الدين في الذمة بأصل صدوره، فناسب ذلك الاعتماد عليه بخاصة في التحايل لتحقيق ما أراد المقر تحقيقه». انظر An Introduction to Islamic Law, P.78 وتكاد تنحصر أهم صور هذا النوع من الإقرار في إقرار المريض مرض الموت بدين لوارث، أو في إقرار المفلس؛ فإن الصحيح الموسر ليس في حاجة إلى التحايل لإنشاء التزام في ذمته. ويتضح هذا بالنظر إلى مذهب الأحناف خاصة، فإنهم لا يجيزون إقرار المريض مرض الموت لوارث وإن أجازوه للأجنبي [الهداية: 190/3 والزيلعي: 26/5]. وهذا هو الذي أتاح ظهور بعض الحيل المعتمدة على الإقرار، فإن المريض إذا أراد مثلاً قضاء دين لوارث من ورثته فإنه لا يستطيع ذلك بطريق الإقرار له مباشرة طبقاً لمذهب الأحناف. وكان من الطبيعي أن يفكروا في حيلة لأداء واجبات حقيقية نشأت في ذمة المريض من قبل، ومنع مذهبهم من أدائها=

ويغلب استخدام مصطلح «Legal Fictions»[11] في اللغة الانجليزية [بمعنى الفروض القانونية] للتعبير عن الحيل في الفقه الإسلامي، وإن كانت أوجه شبهها بما يعبر عنه هذا المصطلح في تاريخ القانون الانجليزي ضئيلة للغاية. فحينما افترضت المحاكم الانجليزية شخصاً متوهماً أطلقت عليه اسم ريتشاردرو Richard Roe قام بطرد شخص متوهم - أيضاً - أسمته «جون دو John Doe من أرض هي موضوع النزاع بين طرفين يدعي كل منهما ملكيتها فإنما كان هذا الافتراض مجرد إجراء اعتباري شكلي أتاح لهذه المحاكم النظر في القضية المعروضة أمامها بشأن هذه الأرض. أما في الحيل الفقهية فقد كان التصرف أو التعامل الذي نمى إلى علم المحكمة من النوع الواقعي لا الافتراضي. كما لم يكن الهدف منه تيسير إعمال القانون بل منع أحكامه الحقيقية من

= على نحو مباشر. ففكروا في إمكان أن يأتي الوارث بأجنبي يثق به ليقر بأنه كان مديناً للوارث، وأنه أدى الدين إلى المريض، بناء على توكيل من الوارث في أخذه. فإذا أقر المريض بأنه قبض الدين من الأجنبي نشأ من ذلك حقان: الأول حق الوارث في الرجوع على الأجنبي، والآخر حق الأجنبي في الرجوع على الورثة لأخذ مقدار الدين. فهذه حيلة يستطيع بها المريض الوفاء بما عليه من دين - حقيقي - لوارثه [المخارج والحيل للخصاف ص 101]. ولا حاجة في المذهب الشافعي إلى مثل هذه الحيلة، لأن إقرار المريض نافذ متى صدر صحيحاً، سواء كان هذا الإقرار لوارث أو لأجنبي، مستدلين بأن المريض على شفا الموت يستبعد أن يكذب، ولو كان قبل ذلك كذاباً. [كشاف القناع: 92/4]. ولن تجدي هذه الحيلة في المذهب المالكي شيئاً إذا رأت المحكمة أنه أراد بإقراره الإضرار بالورثة. [بداية المجتهد: 35/2]. أما المفلس فلا فائدة من إقراره مطلقاً إذا أدى إلى الإضرار بالغرماء.

وهكذا يبدو لي أن الإقرار المنشىء لظهور بعض الحيل خاص بالمذهب الحنفي، نتيجة لرأيهم بالتفريق بين الإقرار للوارث والأجنبي، وأن الحيل المبنية على الإقرار قد تفيد في أداء بعض الواجبات التي لا يمكن أداؤها بغير ذلك. وفي النهاية لا تبدو الحيل التي يثيرها الإقرار كثيرة ومتنوعة، بل ستكون محدودة للغاية.

(11) هذه مجرد فروض أو أخيلة تقبلها المحكمة وأطراف النزاع، بحيث لا يحق لأحد أن يشكك فيها مع أنها لا وجود لها في الواقع. وبرغم ما تنطوي عليه من مجافاة للواقع على هذا النحو فإن القانون الإنجليزي قد أفاد منها في تطوره فائدة كبيرة. ويتضح ذلك في أن المحاكم الملكية كانت إذا أرادت أن تدخل في اختصاصها قضية من القضايا التي كانت من اختصاص المحاكم الاقطاعية أو الكنسية في العادة فإنها كانت تفترض ارتكاب المدعى لجريمة تمس الملك. ويمكنها هذا الافتراض من نظر القضية. وبهذا الطريق توسعت المحاكم الملكية في تطبيق القانون العرفي وقضت على سلطة المحاكم الاقطاعية والكنسية التي كانت تمثل عقبة حقيقية في تطور القانون الانجليزي. وهكذا يدين هذا القانون لتلك الفروض الساذجة بالشيء الكثير.

التطبيق. والمألوف أن تظهر الحيل في تطور النظم القانونية قبل نضجها، وهي في الغالب علة عارضة تزول بسرعة كبثور المراهقة. غير أن في الأمر ما يوحي هنا بكونها علامة مرض أكثر خطورة، ويتضح ذلك في قبول الفقهاء المسلمين تلك التمويهات الهزيلة المتمثلة في هذه الحيل، وفي إقرارهم تصرفات هي في جوهرها غير شرعية طبقاً للمعايير الدينية التي اعترفوا بها مرشداً وهادياً[12]. وربما بدا هذا خيانة للأمانة الموسدة إليهم؛ فإن أي تعلل بمتابعة حرفية الأحكام الفقهية لن يبعد كثيراً عن كونه نفاقاً

---

(12) لتوضيح حكم التحايل في مذاهب الفقهاء يلزم أن أجمل آراءهم في علاقة الأفعال بمآلاتها، من حيث موافقة قصد الفاعل مقاصد الشرع أو مخالفته إياها. وتقتضي القسمة العقلية انحصار ذلك في أربعة أقسام رئيسية:

أولها: أن يكون الفعل في ذاته جائزاً وقصد الفاعل موافقاً لقصد الشارع. ولا خلاف في اعتبار المكلف ممتثلاً للأمر الشرعي بذلك، فقد قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع.

وثانيها: أن يكون الفعل في ذاته جائزاً وقصد فاعله معارضاً لقصد الشارع. وهذا هو التحايل، فالشاطبي يعرف الحيل بأنها: تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة في الواقع، كالواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة، فإن أصل الهبة على الجواز، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعاً.. فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة، وهو مفسدة، ولكن هذا بشرط القصد إلى إبطال الأحكام الشرعية». الموافقات: 201/4.

ولا خلاف بين الفقهاء على المنع من التحيل بهذا المعنى وأن فاعل ذلك آثم فيما بينه وبين الله عز وجل. وفي هذه الحدود يشترك فقهاء المذاهب جميعاً في النظر إلى مآلات الأفعال ومقاصد الشريعة، غير أن المالكية قد حكموا ببطلان الفعل الذي قصد به فاعله قصداً غير مشروع إذا قامت الدلائل على هذا القصد، أما الأحناف والشافعية فلم يحكموا ببطلان مثل هذا الفعل إلا إذا عبر المتعاقدان عن قصدهما هذا.

وثالثها: ألا يكون الفعل جائزاً وإن كان محققاً لمقصد من مقاصد الشرع. والخلاف في ذلك بين الفقهاء طبقاً لما ذكره الشاطبي الموافقات: 345/2؛ فقد ذهب فريق منهم إلى تغليب جانب القصد، وحكموا لذلك بتصحيح المعاملات ومال فريق إلى تغليب جانب الفعل فذهبوا إلى فساد التصرفات الواردة في هذا القسم مطلقاً، وتوسط فريق آخر - يبدو أنه معهم - فأعملوا الطرفين على الجملة، لكن على أن يعمل مقتضى القصد في وجه، ويعمل مقتضى الفعل في وجه آخر. وعلى ذلك لو تزوجت امرأة المفقود ثم قدم كان أحق بها قبل دخولها وكان الثاني أحق بها إذا تم الدخول، طبقاً لما رجحه الشاطبي. غير أن الحنابلة يدرجون هذا التصرف في باب التحايل، ويمنعون منه، التفاتاً إلى حكم الفعل في ذاته. فإذا كان لأحد الناس حق على آخر، ولا بينة تثبت هذا الحق، وأقام شاهدي زور يشهدان له به ولا علم لهما بذلك كان آثماً على الوسيلة دون -

مفضوحاً. وفي أحسن تقدير فإنه يصح اعتبار الحَيل تنازلات اضطر إليها الفقهاء الذين كانوا مقيدين بقانون متشدد ثابت، فرأوا فيها الأسلوب الوحيد الذي يستطيع الفقه عن طريقه استبقاء نوع من السيطرة على الواقع العملي[13].

بيد أن التشريع الإسلامي لم يجمع على قبول مشروعية الحيل؛ فكان بوسع الأحناف الحكم بقبولها، ولعل ذلك راجع إلى تلك الشكلية التي تمثل سمة من السمات المميزة لمذهبهم(ح2). وقد كانت أهم المؤلفات المؤيدة للحيل من عمل الفقهاء الأحناف[14]. كذلك اعترف بعض متأخري الشافعية بها، مختلفين في هذا مع إمام المذهب اختلافاً جذرياً. أما المذهب المالكي فقد رفضها متسقاً في هذا مع اهتمامه بالمقصد الحقيقي للأفعال الظاهرة؛ بل ذهب المالكية إلى ما هو أبعد من ذلك بكثير، فصاغوا أصلهم المعروف بسد الذرائع[15]، والقصد منه على وجه التحديد هو منع

= المقصود، طبقاً لما ذكره ابن القيم، مستدلاً بقوله (ص): «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك». إعلام الموقعين 335/3.

ورابعها: أن يكون الفعل محرماً والمقصود محرماً، وليسُ هذا من باب الحيل، وإن كان طرفاه محرمين.

(13) من التعليق السابق يتضح أن أئمة الفقه لم يتكىء أحد منهم على الحيل لمعارضة مقاصد الشرع، بل شدد بعضهم في اشتراط مشروعية السبب والقصد معاً. وقد عقد ابن القيم فصلاً في إعلام الموقعين (281/3) بعنوان: الأئمة منزهون عن إحداث الحيل، ذكر فيه أن المتأخرين أحدثوا حيلاً لم يصح القول بها عن أحد من الأئمة، ونسبوها إلى الأئمة، وهم مخطئون في نسبتها إليهم.

(14) مثل كتاب الخصاف وما تضمنه المبسوط للسرخسي من ذلك: 209/30 أما الحيل التي قبلها أئمة المذهب الحنفي وفقهاؤه المتقدمون فقد درسها المرحوم أبو زهرة وانتهى إلى أن هذا الذي قبلوه منها لم يكن من النوع الذي يهدف إلى هدم مقاصد الشريعة، بل إلى العمل على تيسير هذه المقاصد وتحقيقها. يقول: «وقد رأيت فيما سقنا من أمثلة كيف كان أبو حنيفة ومن تبعه يتحررون أن يكونوا في حيلهم مسهلين لمقاصد الشرع لا أن يكونوا محاربين، وتسهيل الأحكام الشرعيةمما يتفق مع أغراض الإسلام، لأنه يسر لا عسر فيه» كتابه: أبو حنيفةص 431، ولا ينفي ذلك أن بعض المتأخرين من أشباه الفقهاء قد خرجوا على أصول أئمتهم تخريجات خاطئة تقضي بجواز بعض الحيل المذمومة التي تعارض مقاصد الشرع وتناقض أهدافه. وقد قام الفقهاء الآخرون الواعون بواجبهم بالرد عليهم وتفنيد آرائهم، فلم يكن يصح للمؤلف اعتبار مثل هذه الآراء ظاهرة عامة في الفقه، إلى الحد الذي يعد القول بالحيل منهجاً اعتمد عليه التطور الفقهي.

(15) يعرفها الشاطبي في الموافقات 199/4 بأنها في حقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة. وليس القول بقاعدة الذرائع مما انفرد به المالكية؛ فقد اعتبرها الحنابلة، وأولاها ابن القيم عناية لا نجدها عند غيره، انظر: إعلام الموقعين 125/3 وما بعدها. ويأخذ الشافعي بقاعدة سد الذرائع=

استخدام الذرائع الشرعية لتحقيق مقاصد غير شرعية. أما الحنابلة فكانوا أشد من غيرهم معاداة للحيل، وهذا هو المتوقع من تناولهم الأخلاقي الواضح للمسائل الفقهية، وقد فاض يراع العالم الحنبلي «ابن تيمية» بدراسة طويلة في ذم الحيل وتحريم العمل بها[16].

والمنهج الثاني الذي تلاءم به الفقه مع الضغط الاقتصادي هو إنشاء أحكام جديدة تحل محل الأحكام الفقهية التي جرى العمل بها. وقد كان بعض هذه الأحكام الجديدة ذا طابع ثانوي ونتيجة حتمية لتغير ظروف المجتمع. فمثلاً: كانت الحجرات المختلفة للدار مشيدة في الزمن الباكر على نسق لا يتغير من واحدة إلى أخرى. ولذا كانت معاينة المشترى لحجرة واحدة تغني عن معاينة جميع الحجرات فيما رآه الفقه آنذاك، ومن ثم لا يستطيع المشتري أن يطلب بعد ذلك - إذا لم تطب نفسه بهذه الدار - فسخ البيع على أساس أنه لم يعاين كل حجراتها. بيد أن الحكم قد تغير حينما تبنى المعمار طرازاً أكثر تنوعاً وأقل تكراراً، لتصبح رؤية كل حجرة في الدار هي التي تتحقق بها الرؤية الكاملة لهذه الدار[17]. أما البعض الآخر من هذه الأحكام فلا يقل بحال من الأحوال عن كونه إنشاء لأوضاع قانونية جديدة لم تكن معروفة. وبرغم أن

= طبقاً لما انتهى إليه الدكتور حسين حامد حسان في كتابه أصول الفقه ص 400، مستدلاً على ذلك بعبارة صريحة للإمام الشافعي في الأم 272/3.

(16) لعل المؤلف يشير إلى كتاب ابن تيمية «إقامة الدليل على إبطال التحليل» المطبوع ضمن المجلد الثالث من كتابه «الفتاوي الكبرى». . مطبعة كردستان العلمية. . القاهرة. . سنة 1328 هـ. ويقع كتاب إقامة الدليل في حوالي مائتي صفحة. وقد استند إليه ابن القيم في نقاشه لمسألة الحيل على نحو مفصل في كتابه إعلام الموقعين: 159/3 وما بعدها.

(17) لعل المؤلف قد اعتمد في هذا المثال على مقدمة المجلة، حيث جاء فيها أنه «بتبدل الأعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العادة والعرف. مثلاً كان عند المتقدمين من الفقهاء إذا أراد أحد شراء دار اكتفى برؤية بعض بيوتها، وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدته». وأن هذا الاختلاف ليس مستنداً إلى دليل، بل هو ناشىء عن اختلاف العرف والعادة في أمر الإنشاء والبناء. وذلك أن العادة قديماً في إنشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية وعلى طراز واحد، فكانت رؤية بعض البيوت على هذا تغني عن رؤية سائرها وأما في هذا العصر فحيث جرت العادة بأن الدار الواحدة تكون بيوتها مختلفة في الشكل والقدر لزم عند البيع رؤية كل منها على انفراد. وفي الحقيقة فاللازم في هذه المسألة وأمثالها حصول علم كاف بالمبيع عند المشتري. ومن ثم لم يكن الاختلاف الواقع في مثل المسألة المذكورة تغييراً للقاعدة الشرعية، وإنما تغير الحكم فيها بتغير أحوال الزمن».

هدف هذا النوع من الأحكام هو تصحيح تصرفات لم يجزها الفقه قبلاً فإنه لا يمكن اعتبارها من قبيل الحيل بأي حال من الأحوال، إذا إنها تتضمن تعديلات صريحة ومباشرة للأحكام الفقهية السابقة، ولم تكن ستراً لنشاط غير مشروع خلف واجهة الالتزام بحرفية الأحكام الفقهية القائمة.

ومن الأمثلة على ذلك أن الفقه القديم قد تشدد في ضرورة نقل ملكية المبيع نقلاً مطلقاً غير مشروط، على حين أجاز المتأخرون نوعاً من البيوع يشترط فيه البائع الحق في استرداد المبيع حين يقوم برد الثمن إلى المشتري. مما يعرف ببيع الوفاء[18]. وقد يلبي هذا النوع من التعاقد العديد من الاحتياجات؛ فيمكن أن يكون أساساً لما هو في الواقع إجارة طويلة الأمد لأنواع معينة من الأرض الزراعية (خلافاً للمدد المحدودة في الفقه التقليدي) بما يتيح للمشتري أن يتمكن من دفع ثمنها منجماً. وقد يعين هذا البيع على إنشاء رهن بفائدة، حيث يحتفظ البائع بحيازة العين المبيعة قبل استردادها، ويدفع أجرة انتفاعه بها إلى المشتري في مقابل ذلك. وهناك وضع آخر نشأ من تشدد الفقه القديم في عدم جواز التصرف في أعيان العقارات الموقوفة وما قد يجره

---

(18) صورته - كما ذكر ابن عابدين في حاشيته - أن يقول البائع للمشتري: بعت منك هذا العين بمالك على من الدين على أنى متى قضيته فهو لي، ومنه أن يقول بعت منك على أن تبيعه مني متى جئت بالثمن. وقد اختلف في حكمه، فأكثر العلماء - طبقاً لما ذكره ابن عابدين - أنه رهن في حقيقته، يترتب عليه ما يترتب على الرهن، فلا يفيد الملك، ولا ينتفع به إلا بإذن مالكه، ويسقط الدين بهلاكه، ولا يضمن الزيادة، وللبائع استرداده، وبعض الفقهاء على أنه بيع. وهؤلاء انقسموا إلى فريقين بعد أن أثبتوا له حقيقة البيع، ففريق منهم رآه بيعاً فاسداً، يترتب عليه حق الفسخ للطرفين، وإن أفاد مع ذلك حل الانتفاع بالمبيع، ورآه الفريق الآخر بيعاً صحيحاً، ترتب عليه أحكام البيع المختلفة، إلا أن المشتري لا يملك بيعه، وهذا ما رجحه الزيلعي وبعض آخر من الفقهاء. ووجه تسميته ببيع الوفاء أن فيه عهداً من المشتري برد المبيع حين رد الثمن، ويسميه بعض الفقهاء البيع الجائز، ولعله جاء من حيث اعتباره صحيحاً عند البعض كحيلة للتخلص من الربا، ويسميه بعضهم بيع المعاملة، وسمي بمصر بيع الأمانة وفي الشام بيع الإطاعة، انظر: حاشية ابن عابدين: 274/4. والخرشي والحطاب 373/4، وبداية المجتهد 133/2 والشرح الكبير على المقنع 55/4 - 58، وفتاوي ابن تيمية 336/3, 337، ومصادر الحق للسنهوري 157/3، ومرشد الحيران مادة 548 - والمجلة مادة 118.

أما أن بيع الوفاء مفيد في الإجارة لمدة طويلة فلا أحسب أن القواعد الفقهية تقصر صحة الإجارة على المدد القصيرة. ففي الموطأ أن عبد الرحمن بن عوف تكارى أرضاً فلم تزل في يديه بكراء حتى مات، قال ابنه فما كنت أراها إلا لنا من طول ما مكثت في يديه حتى ذكرها لنا عند موته فأمرنا بقضاء شيء كان عليه من كرائها، ذهب أو ورق. الموطأ 192/2.

من صعوبات، خاصة حين لا تتاح الموارد المطلوبة لصيانتها واستغلالها على نحو مناسب، فواجه الفقه في المغرب هذا الموقف بإجازة «بيع الهواء» فوق سطح العقار الموقوف المطلوب له المال. فمن الناحية النظرية لم يتملك هذا المشتري - ولا من يحل محله - العقار نفسه، وإن استطاع من الناحية العملية الانتفاع به وصيانته، مما من شأنه أن يحفظ المصالح المتعددة المنوطة بهذا العقار. وقد اعتمد على هذه الفكرة ذاتها في تخفيف حدة الحكم القاضي بأنه لا يصح للأولياء بيع أعيان عقارات المولى عليهم[19].

لقد كان تطوير الفقه في هذه الحدود من عمل المفتين أساساً، وهم أولئك الفقهاء الذين كانوا يصدرون الفتاوي في القضايا التي يثيرها الواقع العملي. وتعقد هذه الفتاوي الصلة الدقيقة بين الآراء العلمية ذات الطابع النظري البحت وبين ما تثيره الحياة العملية، فتعدلت أحكام الفقه عن طريق هذه الفتاوي كي تستجيب بالتدريج للاحتياجات المتجددة للمجتمع المسلم. غير أن هؤلاء المفتين - برغم ما قد تنطوي عليه التعديلات التي قدموها من أهمية بالغة - قد اعتبروا أنفسهم ملزمين بالأحكام الفقهية الثابتة، وصرحوا بأنهم لا يتجاوزونها إلا في حدود ما تقضي به الضرورة. ويتحتم أن نفسر في ضوء ذلك تلك العبارات التي تناقض - فيما يبدو - نظرية التقليد مناقضة تامة، كعبارة القرافي - الفقيه المالكي المصري والمفتي في القرن الرابع عشر [الثامن الهجري] - التي يقول فيها: «جميع أبواب الفقه محمولة على

---

(19) أولى الفقهاء عناية فائقة لتحديد القواعد التي تحكم الصرف على الوقف لعمارته واستغلاله. ويمكن تلخيص هذه القواعد طبقاً لما جاء في الهداية وفتح القدير على النحو التالي:

(أ) وجوب البدء بالصرف على عمارة الوقف والعناية به من غلته

(ب) إن لم تكن له غلة وجبت على المنتفع به إن كان هذا المنتفع معيناً.

(جـ) إن رفض المنتفع ذلك أجر الحاكم العين الموقوفة مدة تكفي أجرتها لعمارة الوقف.

(د) يصح للقاضي الاستدانة على الوقف للصرف على عمارته.

(هـ) فإن لم يكن أي من ذلك كافياً أو متاحاً للصرف على العين الموقوفة صح بيع الوقف وشراء ما يحل محله بثمنه في رأي محمد بن الحسن، إذا رأى أنه إذا ضعفت الأرض الموقوفة ووجد القيم بثمنها أرضاً أخرى أصلح منها باعها القيم واشترى بثمنها هذه الأرض الأخرى.

(و) وقد ذكر الفقهاء كذلك في حالة عدم وجود موارد للصرف على الوقف جواز إعادته إلى الواقف أو لورثته أو لبيت المال.

ومن ثم لم يكن الفقه في المغرب بحاجة إلى ابتكارات جديدة لحل مشكلة لم يكن لها وجود من قبل. وعموماً فإن المالكية يرون جواز بيع الهواء فوق المبنى بالفعل أو ما سوف يبني، كأن «يقول شخص لصاحب أرض بعنى عشرة أذرع مثلاً فوق ما تبنيه بأرضك». حاشية الدسوقي 14/3 ومواهب الجليل للحطاب 275/4.

العوائد، فإذا تغيرت العوائد تغيرت الأحكام في[20] تلك الأبواب[2ط]». ولم تنحصر الفتاوي في المسائل المدنية بطبيعة الحال، بل اتسعت لتشمل المجالات الفقهية الأخرى. ثم حظيت المؤلفات الجامعة لها بالحجية من حيث كونها مراجع فقهية تلتحق بالمصادر الأصلية. ولعل أشهر هذه المؤلفات الجامعة للفتاوي وأكثرها استيعاباً كتاب: «الفتاوي العالمكيرية» الذي وضع في القرن السابع عشر [الحادي عشر الهجري] في الهند [21].

أما الوجه الثالث والأخير من أوجه التطور التشريعي فيتمثل فيما كان يبادر إليه القضاة من أحكام. ويختلف عن منهجي التطور السابقين من حيث كونهما اجتهادات فقهية أساساً. وفيما يتصل بتلك المنطقة المعروفة جغرافياً بالشمال الغربي الأفريقي، والتي يعرفها العرب باسم جزيرة المغرب، فلقد كان هذا الوجه هو الأسلوب الذي صارت بفضله بعض المعاملات العرفية جزءاً من الأحكام الفقهية التي تطبقها المحاكم الشرعية المالكية هناك[2ى].

ويتضح من التحديد التقليدي لمصادر التشريع ـ الذي وصفناه سلفاً ـ أن العرف في حد ذاته لا يتضمن إيجاب العمل بمقرراته في النظر الأصولي الإسلامي. وإنما يعمل العرف (الذي يعني بحسب الظاهر ما هو متعارف عليه في أمر من الأمور، ويقابل مصطلح Custom ببعض التوسع)[22] باعتباره أصلاً تبعياً[23]. فالأصل في

---

(20) الفروق للقرافي 186/1، وقد توفي هذا الفقيه عام 684 هـ ـ 1285 أي أنه عاش في القرن السابع الهجري والثالث عشر الميلادي، خلافاً لما ذكره المؤلف.

(21) نسبة إلى السلطان محمد بهادر عالمكير آخر سلاطين المسلمين العظام في شبه القارة الهندية؛ فقد روي أنه كان يأكل من عمل يده، وأنه ظل يجاهد عشرين سنة، وهو مدفون في مدينة لاهور إلى جوار المسجد الذي بناه هذا السلطان والذي يعد من أفخم وأكبر المساجد في العالم. وقد أمر هذا السلطان بأن يلتقي مجموعة من علماء الهند ـ حسبما جاء في مقدمة الفتاوي العالمكيرية ـ المشهود لهم بالتبحر في الفقه وعلوم الشرع الأخرى «وليؤلفوا كتاباً جامعاً لظاهر الروايات في المذهب الحنفي، التي اتفق عليها، وأفتى بها العلماء، ويجمعوا فيه من النوادر وما تلقاها العلماء بالقبول». ولا يعد هذا الكتاب تجميعاً لفتاوي العلماء ـ خلافاً لما ذكره المؤلف ـ وإن كان يعد تسجيلاً للآراء المعتمدة في المذهب الحنفي، المتلقاة بالقبول والتي يصح للمفتي الاستناد عليها في فتواه. وأغلب الظن أن المؤلف اكتفى في ملاحظته هذه بفهم عنوان هذا الكتاب.

(22) إذ يتضمن العرف جانبين: أحدهما قولي والآخر عملي، على حين ينحصر مدلول كلمة Custom في العرف العملي.

(23) تدل القيود المتعلقة بإعمال العرف على أنه لا يعمل إلا بشرطين: أحدهما ألا يعارض نصاً =

عقد البيع أن يتم عن طريق التلفظ بالإيجاب والقبول. غير أن أكثر الفقهاء قد صححوا في البيع هذا الشكل العرفي المسمى بالمعاطاة، حيث لا يكون هناك إلا إعلان من جانب واحد فقط، يعقبه فعل يدل على رضا الطرف الآخر[24]. وفي ذلك يذكر مالك نفسه. «صحة البيع بما يراه الناس بيعاً». ولنأخذ مثالاً آخر من مجال فقه الأسرة؛ فالمعمول به في كثير من البلاد هو تقسيم المهر المستحق للزوجة بعقد الزواج إلى قسمين، يدفع أحدهما معجلاً بعد العقد، ويؤجل الآخر عادة حتى انقضاء الزواج. أما إذا لم يتفق في العقد على تسمية نسبة كل من المعجل والمؤجل في المهر فإن تحديد مقدار كل منهما سيتقرر عادة حسب المعروف في البيئة، تفريعاً على القاعدة التشريعية التي تقرر أن المعروف عرفاً كالمشروط[25] شرطاً ».

كذلك أكدت المؤلفات في الفقه المالكي - فضلاً عن إقرارها لعمل العرف في الحدود السابقة - مفهوم «المصلحة» و«إباحة الضرورات للمحظورات» تأكيداً ملحوظاً. وبرغم أن الباحث المتشدد سوف يذهب إلى القول بأن دائرة عمل هذين المبدأين محدودة تماماً بحدود الأحكام الفقهية المسطورة في بطون الكتب فقد أدى إعمالها إلى إحداث أثر لا ينكر، يتمثل في اتخاذ القضاء موقفاً متساهلاً ومتسامحاً تجاه المعاملات العرفية. لقد كان القضاة يواجهون كثيراً من القضايا المتصلة بتلك المعاملات التي تخالف أحكام الفقه وتخرج عن حدوده الضيقة، وربما حكم بعضهم بصحتها، نظراً لحاجة الناس إليها، وقد يستحسن آخرون حكمه فيتابعونه فيه، وسرعان ما يستقر القضاء على هذا الحكم الجديد. ولم تكن المحاكم في أحكامها هذه

= شرعياً، والآخر أن يستند إلى مصلحة حاجية عامة، حيث تنزل المصلحة الحاجية بعمومها منزلة المصالح الضرورية (انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص 90 وما بعدها، والقواعد الفقهية لابن نجيم ص 93 وما بعدها). وبذا فإن العرف لا يعد أصلاً مستقلاً؛ فأساس عمله المصلحة.

(24) ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر ص 90 ضمن أمثلة إعمال العرف وينص على أن رجع المعاطاة إلى العرف هو اختيار الإمام النووي. ولا تنحصر المعاطاة في الصورة التي أشار إليها المؤلف بل تتصور كذلك في فعلين يصدران عن البائع والمشتري ويدلان على رضا كل منهما بالمبيع. بل تنصرف المعاطاة إلى هذا المعنى الذي ذكرناه عند أكثر الفقهاء؛ ففي حاشية ابن عابدين (774) أنه إذا قال البائع للمشتري «بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولا، بخلاف بيع التعاطي فإنه ليس فيه إيجاب، بل قبض بعد معرفة الثمن فقط، ففي جعل الأخيرة (الصورة المنطوق فيها بالإيجاب) من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر».

(25) نصت المادة 43 من مجلة الأحكام العدلية على هذه القاعدة.

تلتزم بمضمون العرف في حد ذاته، بل كانت تقبل المعاملات الناتجة عنه على أساس ما تقضي به الضرورة العامة[25].

ولعل أكثر الأمثلة توضيحاً لهذا الأسلوب هو ما يستخلص من عقد المزارعة المسمى بالخماس[26]؛ ففيه يأخذ الزارع حصته المتمثلة في أربعة أخماس الناتج من الأرض التي يزرعها ليستحق صاحب الأرض الخمس الباقي أجرة لأرضه. ويعارض هذا النوع من الاستزراع مبدأين أساسيين في التفكير الفقهي المتشدد، وهما وجوب ألا تكون الأجرة بمواد الطعام وأن تكون قيمتها المتفق عليها معلومة ومحددة. غير أن هذا العقد كان قد كثر وجوده في الشمال الأفريقي الغربي، وكان في الواقع ضرورة اقتصادية لهذا المجتمع الذي قلت فيه رؤوس الأموال السائلة، لذا اعترفت به المحاكم الشرعية في هذه المنطقة دونما تحفظ منذ العصور الوسطى.

ولمعرفة أهمية العمل التشريعي المغربي والمنزلة التي تحتلها هذه الظاهرة في التطور التاريخي للتشريع الإسلامي عموماً فإن من الضروري أن ندرس - ولو على وجه الإجمال - العلاقة بين النظر والتطبيق وكذلك بين الفقهاء والقضاة، تلك التي شكلتها طبيعة الفقه نفسه.

لقد اتسع مجال الاختلاف في الرأي الفقهي حتى بين فقهاء المذهب الواحد. ثم قام النظر الفقهي في كل بتصنيف الآراء المختلفة من حيث مستندها وما لقيته من تأييد بين علماء المذهب وممثليه إلى: مشهورة وراجحة وضعيفة. وقد مال عمل المحاكم الشرعية أحياناً إلى الاطراد في تطبيق رأي واحد من بين الآراء العديدة التي يمكن

---

(26) أشار الحجوي في «الفكر السامي» المجلد الثاني ص 503, 504 إلى إفتاء بعض فقهاء المغرب بجواز عقد المزارعة المتفق فيه على تخصيص نسبة الخمس لصاحب الأرض، وعبارته: «وانظر في المعيار وغيره فتاوي من أفتى بجواز كراء الأرض بما تنبت لعموم البلوي بها، وفتاوي من أفتى بإباحة شركة «الخماس» لأن المعاملات إذا عم الفساد وكانت فاسدة على سبيل العموم يترخص فيها». غير أن هذه الرخصة إنما تثبت على قول من لا يجيز المزارعة، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة (الهداية: 53/4) والمالكية (الموطأ: 188/2) والشافعية (المهذب: 393/1). أما من يجيز المزارعة فشركة الخماس ثابتة على الأصل. وجواز المزارعة مذهب الصاحبين في الفقه الحنفي؛ والفتوي في المذهب على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع (نتائج الأفكار تكملة فتح القدير: 34/8). وهو مذهب الحنابلة الذي انتصر له ابن تيمية (القواعد النورانية الفقهية ص 181 إلى ص 206) الذي بحث الموضوع بحثاً مستفيضاً ربما لا تجده عند غيره. فلعل تجويز بعض فقهاء المغرب المزارعة بالخمس نموذج لتأثر الفقهاء في المغرب بالرأي المفتي به في المذهب الحنفي أو الحنبلي.

تطبيقها. ومن ذلك فإن قرارات المحاكم المغربية قد تتابعت في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية على تطبيق رأي مالك القائل بتوقف إبطال تعاقدات السَّفيه أو تصحيحها على كونه محجوراً عليه بحكم سابق أولاً، دونما التفات إلى كون هذا التعاقد بيِّن النفع له أو الإضرار به(27). ثم تغير عمل هذه المحاكم في القرن التاسع عشر [الثاني عشر الهجري] ليتجه إلى الاستقرار على الأخذ برأي تلميذ مالك «ابن القاسم» المناقض للرأي السابق تماماً(28). ومما جرى عليه القضاء أن الواجب على القاضي في المسائل الخلافية أن يتبع عموماً الرأي المشهور في مذهبه. غير أن المحكمة كانت تستحسن كثيراً أن تقضي بالرأي الراجح، بل والضعيف، توخياً للعدالة، وإن اعترف القضاة المغاربة بمعاملات لا سند لها من أحكام الفقه ـ حقيقة ـ كما رأينا قبل قليل.

وقد كان من الطبيعي أن يحل عمل المحاكم ـ بالنسبة لهؤلاء الذين يتركز اهتمامهم في التطبيق القانوني الواقعي ـ محل فقه النصوص، فاهتموا بهذا العمل اهتماماً خاصاً. وفي المغرب لقي هذا الموقف دعماً هاماً تمثل في أنشطة هذه المجموعة المعروفة بالعدول. وقد ظهرت هذه المجموعة منذ فترة مبكرة ترجع إلى القرن الثامن [الثاني الهجري](29)، متمثلة في هيئة من الشهود المألوفين للمحكمة الذين ثبتت لديها عدالتهم بعد عرض أخلاقهم على معايير تزكية الشهود، والذين أتاحت شهادتهم للمتعاقدين تلافي احتمالات التعقيد أو التأخير التي لا داعي لها عندما تمس الحاجة إلى الشهادة أمام المحكمة. وقد تطور عملهم الذي صار حرفة رابحة من كونه في البداية مجرد تسجيل شخصي على سبيل التذكرة للشروط المتضمنة في العقود التي أشهدوا عليها إلى أن صاروا في الواقع يقومون بدور الموثق العام، وأصبحت مذكراتهم هذه تعرف باسم «الوثائق»(30) التي حظيت عادة بالقبول والحجية في الإثبات لدى المحاكم. وهي

---

(27) هذا مشهور مذهب مالك، فتصرفات السفيه عنده محمولة على الرشد إذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ولا من قبل السلطان. انظر بداية المجتهد 213/2.

(28) أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العتَقي ولد سنة 128 هـ. وإليه يرجع الفضل في إدخال مذهب مالك إلى المغرب، وتوفي بالقاهرة سنة 191 هـ. ورأيه في تصرفات السفيه «أن ينظر إلى حاله يوم بيعه وابتياعه وما قضى به ماله، فإن كان رشيداً في أحواله أجازت أفعاله كلها، وإن كان سفيهاً لم يجز منها شيء» الدسوقي: 297/3.

(29) ليس هذا تطوراً جديداً اتجه إليه الفقه كما يوهم سياق كلام المؤلف، بدليل هذا التاريخ الباكر الذي يذكره المؤلف.

(30) ليست هذه الوثائق أكثر من تسجيل لشروط التعاقد المتفق عليه، وفائدتها تيسير إثبات حقوق المتعاقدين، فلا دخل لها بذلك في توجيه الأحكام الموضوعيةعلى أي نحو.

بهذا تعد مثالاً هاماً لهذا النوع من الأحكام التي استحدثها التطبيق القانوني والتي تختلف عن الأحكام الفقهية المتشددة. غير أن المغزى الخاص لهذه الوثائق فيما نحن بصدده هنا قد يتمثل في حقيقة أن الشروط التي تضمنتها كانت تصاغ وفق ما جرى عليه العمل في المحاكم، سواء وافق ما دُوِّن في كتب الفقه أولاً. فكان نظام «العدول» بهذا أداة فعالة في تقوية مفهوم «حجية العمل»[31].

ونتيجة لهذا التطور ظهر أخيراً في شمال غرب أفريقيا نمط للعلاقة بين النظر والواقع يختلف عما عرفته البلاد الإسلامية الأخرى؛ فإن فقهاء المالكية قد اعتبروا عمل الحاكم المعيار الأسمى للحجية القانونية. وبعبارة مؤلف كتاب «العمل الفاسي»[32]

---

(31) من الواضح أن الوثائق بهذا المعنى الذي ذكره المؤلف تتبع العمل القضائي ويتحرى فيها كاتبوها الاتفاق مع الأحكام القضائية المبنية بطبيعة الحال على النظر الفقهي.

(32) ظهر العمل الفاسي ـ فيما يبدو مما ذكره الحجوي في الفكر السامي 405/4 وما بعدها ـ نتيجة ظروف مختلفة. فمن الناحية السياسية «انصرف علماء فاس الأكياس» إلى متابعة العمل الأندلسي، ميلاً إلى الأمويين السنيين، ورغبة عن عمل القيروان التي كانت تحت حكم الفاطميين. ومن الناحية الأصولية كان المذهب المالكي الذي اعتمد إمامه على عمل المدينة يسمح بالاعتراف بحجية العمل؛ فإنه إذا كانت مخالفة المشهور والعمل بالمرجوح لدرء مفسدة فهو على أصل مالك في سد الذرائع، وإن كان لجلب مصلحة فهو على أصله في المصالح المرسلة.

والأصل أن العمل بالمرجوح من الفتوى والأحكام حرام إلا إذا بان للمجتهد رجحانه فلا يبقى مرجوحاً في حقه ولا في حق مقلده، أو إذا كانت هناك مصلحة ضرورية دعت لترجيحه، وتلتحق المصالح الحاجية لو كانت عامة بالمصالح الضرورية كما سبق في تعليق آخر، فيترجح بها العمل بالرأي المرجوح كذلك. والأمر بإيجاز قد يوضح ما نحن بصدده أن أصول المذهب المالكي قد قضت بالترجيح بين الآراء المختلفة في المذهب بالموازنة بين المصالح والمفاسد الناشئة عنها والموازنة بينها. وقد قادهم هذا الاعتبار نفسه إلى تصحيح تصرفات أجازها مذهب آخر ولم تصح عندهم وهذا ما تقضي به قاعدتهم التي أسماها الشاطبي بمراعاة الخلاف (الموافقات: 202/4). ومن أمثلتها أن مالكاً يحكم ببطلان نكاح المرأة بدون ولي. فعلى القاضي التفريق بين الزوجين إن ظفر بهما قبل الدخول، أما إن تم الدخول فلا يفرق بينهما، بل يقضي لهما بحقوق الزوجية المختلفة وإنما كان ذلك بالنظر إلى ما يؤول إليه ترتب الحكم بالنقض والإبطال بعد الدخول من إفضائه إلى مفسدة توازي مفسدة مخالفة الرأي المعتمد في المذهب أو تزيد. وهكذا فإن الترجيح بين أقوال المجتهدين في المذهب المالكي وغيره إنما يستند إلى أصل المصلحة، وليس إمضاء لحكم عرفي بلا دليل معتبر.

وهذا الكتاب الذي ذكره المؤلف دون إشارة إلى اسم صاحبه يبدو أنه للشيخ عبد الرحمن بن عبد القادر الفاسي الذي يذكر عنه الحجوي أنه: نظم كتاباً فيه نحو ثلاثمائة مسألة مما جرى به العمل =

الذي عاش في القرن السابع عشر [الحادي عشر الهجري]: «ينبغي أصلاً نقض ما حكم به قضاة زمننا من أحكام تستند إلى الرأي الشاذ، غير أن العمل مقدم على الرأي الأرجح وجوباً، فإنه (أي العمل) لا يمكن إهماله»[33]. ومن ثم فإن التفكير الفقهي في المغرب يختلف اختلافاً جذرياً عن النظر الفقهي التقليدي، إذ يبدو هو النمط الوحيد للشكل الواقعي الذي يتبع قرارات المحاكم بدلاً من أن يتقدمها، والذي يعني - في الحقيقة - بالقانون من حيث ما هو عليه في التطبيق العملي لا من حيث ما ينبغي أن يكون عليه.

ولكي نجمل نتائج الفصلين التاسع والعاشر فإنه يصح تقويم التطور التشريعي في العصور الاسلامية الوسيطة في حدود مدى ابتعاد العمل القضائي عن النظر التقليدي المسطور في كتب الفقه. ففي مجال التشريع الأسري برز الازدواج بين الفكر والعمل على نحو واضح. ونظراً لأن أحكام الأسرة كانت تعد بصفة خاصة جانباً أساسياً من الواجبات[34] الدينية فقد بقي النظر التقليدي المدون في المصادر الفقهية باللغة العربية محوطاً بالرعاية والتقدير من حيث كونه المعبر عن معايير السلوك الوحيدة التي ارتضى الشارع صحتها؛ أما تلك المخالفات التي أجازها العمل القضائي في بعض البقاع والتي ابتعدت عما حكم به الفقه فلم تلتحق بالتعبيرات الشرعية أبداً في المجال المذكور. غير أنه لم يكن هناك هذا الحد المحقق الذي تمكن إقامته للفصل بين النظر

= بفاس بالخصوص، وشرحه هو كما شرحه غيره. غير أنه حاطب ليل جمع حتى ما جرى به العمل القضائي جوراً أو جهلاً كترك اللعان مع أنه في كتاب الله». الفكر السامي: 408/4).

(33) لا تفيد العبارة التي ذكرها المؤلف اعتبار العمل هو المعيار الأسمى للحجية القانونية، إذ تتضمن الأصل المعروف وهو وجوب ترك العمل بالآراء الشاذة وزلات العلماء، كالافتاء بحل النبيذ والمتعة وما أشبه ذلك مما لا يعتمد على دليل معتبر عند عموم المجتهدين. أما ترك الرأي الأرجح والحكم بالرأي الراجح بالاستناد إلى المصالح الضرورية أو الحاجية العامة المنزلة منزلة الضروريات فهذا من قبيل إعمال المصلحة المعتبرة أصلاً شرعياً. ومن ثم فإن العمل القضائي لا يحظى بذاته في القضاء الإسلامي باعتباره المعيار الأسمى للحجية، فهذا المعيار منحصر في الدليل نصاً أو مصلحة. ولعل المؤلف قد تأثر بالقضاء الانجليزي الذي تمثل أحكامه محور العمل القضائي، فأراد اسقاط ذلك على التطور التشريعي الإسلامي.

(34) ليست هناك أيو خصوصية لأحكام الأسرة في وجوب الامتثال للحكم الشرعي؛ فعلى المكلف الامتثال دائماً للحكم الشرعي، سواء تعلق بالمناكحات أو بالمعاملات أو العبادات أو الجنايات. وإنما نشأ هذا التفريق في العصر الحديث، وفي ظروف اقصاء الشريعة عن العمل بها في المعاملات وغيرها وإلجائها إلى المجال المسمى بالأحوال الشخصية.

والواقع في المجالات التشريعية الأخرى. فقد اعترف النظر القانوني العام المتمثل في فقه السياسة الشرعية بأن المصالح السياسية قد حتمت إيجاد ولايات قضائية أخرى تلتحق بولاية المحاكم الشرعية، وذلك للفصل في القضايا المتعلقة بمسائل القانون العام ومجالاته ولا سيما في مجال القانون الجنائي. كذلك كانت العوامل المتأصلة في المجتمع الاسلامي قد أدت في باب المعاملات إلى تعديلات هامة للأحكام التي قررها للنظر الفقهي المتشدد. وفي هذين المجالين كليهما كان المفتون هم المسؤولين أساساً عن التوفيق بين النظر والعمل؛ فإن دورهم لم يقتصر فحسب على مجرد النظر في فقه المعاملات المدنية لتقريبه من الواقع، بل إنهم كثيراً ما كانوا يجلسون مجلس المستشارين القانونيين الذين يمضون أنشطة محاكم المظالم ويوافقون عليها.

وعلى ضوء هذه التطورات أخذ الفكر الفقهي التقليدي ينحدر إلى منظور تاريخي، باعتباره مرحلة في تطور التشريع الإسلامي. ولقد حظيت النصوص الفقهية التقليدية دائماً باحترام وتبجيل بالغين فيما يتعلق بتمثلها للمفهوم الديني النقي وتعبيرها عنه، ولذا اتخذت التطورات الفقهية طابع التنازلات المنتزعة كرهاً لصالح المعمول به في الواقع، تغليباً لاعتبارات استثنائية. بيد أن الفقه التقليدي من وجهة النظر الواقعية لم يعبر مطلقاً عن التشريع الإسلامي التعبير الكامل أو المعتمد وحده في العمل دون سواه[35].

---

(35) يتركز هدف المؤلف من هذا الفصل في استنتاجه الأخير. ولكي يصل إلى استنتاجه هذا رأيناه قد قدم لذلك بإقامة نوع من التقابل بين الأحكام الفقهية المتشددة وبين تصرفات الناس ومعاملاتهم في الواقع. ومن هذا التقابل اتجه المؤلف إلى التفريق بين أحكام الأسرة وغيرها. أما في مجال أحكام الأسرة فإنه يفرق بين المنطقة العربية والمناطق الإسلامية الأخرى، حيث خفت حدة التقابل بين النظر والواقع في المنطقة العربية بالنسبة لغيرها. أما في غير مجال الأسرة فقد برز التقابل بين الأمرين منذ البداية في كل المناطق على حد سواء. ونتيجة لذلك اضطر الفقه فيما رآه المؤلف إلى تقديم بعض التنازلات حتى يضمن لنفسه نوعاً من السيطرة على الواقع. وقد تمثل ذلك في قبول الحيل، وتسلل العرف إلى الأحكام الفقهية ذاتها، وإلى العمل القضائي كذلك.

ويبدو النسيج الذي قدمه المؤلف للتطور محكماً من الناحية الشكلية. غير أن المدقق فيه عن كثب لا بد وأن يجد خيوط هذا النسيج مشتملة على كثير من الفجوات التي يتعين وضعها في الاعتبار. فلكي تصح هذه النتيجة أو تقترب من الصحة يجب أن نعني بعبارة «الفقه الإسلامي» تلك الآراء التي نشأت في القرن الأول أو الثاني والتي دونت في الفترة ذاتها، كما يجب أن يكون هذا الفقه قد رفض اعتبار مصالح الناس واحتياجاتهم. غير أن الفقه الإسلامي بمصادره الأشمل من ذلك قد =

كان من المرونة إلى الحد الذي أتاح له التواؤم مع الواقع في حدود مبادئه العامة ومقاصده الأساسية. ويمكن الاستدلال على ذلك بالتذكير بالأمور التالية:

(أ) مبنى الأحكام الفقهية ومقصدها هو رعاية مصالح الناس وتحقيقها في الدنيا والآخرة. وهذا هو ما قرره القرآن بوضوح لا يحتمل اللبس؛ فالآية الخامسة والستون من سورة النساء قد جاءت عقب الأمر باشتراط الرضا بحكم الرسول ﷺ لثبوت الإيمان، كي تبين أن «الأحكام التي فرضها الله سبحانه وألزم بها رسوله ليس فيها ضرر وأن العمل بها محقق للخير والرشاد. ويتأكد ذلك بما هو معروف من أن الأحكام الفقهية جميعها قائمة على رعاية مصالح الخلق المختلفة من الضروريات والحاجيات والتحسينات.

(ب) وفي هذه الحدود عني الفقهاء بتحديد مقاصد الشريعة باستقراء الأحكام الجزئية من حيث ما أراده الشارع منها، ووضعوا هذه المقاصد نصب أعينهم دائماً سواء في التطبيق الواقعي لهذه الأحكام أو في تعديتها لتشمل حالات جديدة، أو في صياغاتهم للقواعد الأصولية التي يعتمدون عليها في هذا التطبيق وتلك التعدية. وقد كان هذا النظر سبب تقريرهم لمبدأ اختلاف حكم الفعل الواحد باختلاف ما يؤدي إليه، ومبدأ اختلاف الفتوى باختلاف الأعراف والأزمان، كما أنه أيضاً أساس مشروعية قاعدة القياس والاستحسان وسد الذرائع وتحريم الحيل. والمحور الأساسي للقواعد الفقهية ـ بمعناها الفني ـ ومكملاتها هو العمل على تحقيق هذه المقاصد.

(ج) وبرغم أن بعض المتأخرين قد اعتقدوا أن هذه المقاصد قد تكشفت تماماً في الأحكام التي أخذ بها المتقدمون فإنه كان هناك مجال ـ دائماً ـ لظهور بعض الاجتهادات الجديدة التي تحرى أصحابها القيام بمراجعة الواقع في ضوء هذه المقاصد، معتمدين على المبادىء الأصولية العامة ذاتها التي اعتمد عليها الفقه منذ بداية تطوره. وطبقاً لذلك لم يجد فقهاء العصر الحديث غضاضة في قبول التقنين بمعناه المعروف في الفقه الغربي، وإجازة ترتيب التقاضي في شكله الحديث، كما أنهم لم يترددوا في ضرورة الاجتهاد لتحديد أحكام الشرع في المشكلات الجديدة التي أبرزها عصرهم.

وفي ضوء ذلك يثبت أن قواعد النظر الفقهي وأصوله التي مكنت الفقه من التلاؤم مع الواقع وتلبية احتياجات المجتمعات الإسلامية المختلفة طيلة ثلاثة عشر قرناً لهي قادرة أيضاً على الاستمرار في أداء وظائفها.

الباب الثالث

التشريع الإسلامي في العصر الحديث

الفصل الحادي عشر

التأثير الأجنبي والأخذ من القوانين الأوربية

نمت منذ القرن التاسع عشر صلة وثيقة بين الحضارتين الإسلامية والغربية على نحو متزايد. وقد تحدد التطور القانوني في العالم الإسلامي بفعل التأثيرات الجديدة ـ الناشئة عن هذه الصلة ـ أكثر من أي عامل آخر. وكان بناء الدول والمجتمعات الإسلامية قد ظل أثناء العصور الوسطى ثابتاً لا يتغير في أساسه، ومن ثم فقد نجح الفقه في مواءمة نفسه مع الاحتياجات الداخلية التي نشأت في هذه المجتمعات بمرور الوقت. أما تلك الضغوط الخارجية التي واجهها العالم الإسلامي في العصر الحديث فقد اختلفت عن سابقتها اختلافاً كلياً؛ إذ تنطلق الحضارة الغربية سياسياً واجتماعياً واقتصادياً من مفاهيم وأنظمة غريبة في أسسها عن المفاهيم الإسلامية والتشريع الإسلامي الذي عبر عن هذه المفاهيم. وبسبب الجمود الأساسي للفقه وتغلب نظرية التقليد (أو المتابعة الكاملة لأحكام مذهب معين[1])ظهر عندئذ نوع

---

(1) يعرف الأصوليون التقليد بأنه: «أخذ القول من غير معرفة دليله» انظر حاشية البناني على جمع الجوامع 392/2. ولا يبدو الوصف الذي ذكره المؤلف تعريفاً للتقليد على أي نحو، وإن صح لدى بعض الأصوليين الذين يرون وجوب التمذهب والالتزام بأحكام مذهب معين. وقد عبر الجلال شمس الدين محمد بن أحمد المحلي في شرحه لجمع الجوامع عن هذا الرأي بقوله: «والأصح أنه يجب على العامي وغيره ممن لم يبلغ رتبة الاجتهاد التزام مذهب معين من مذاهب المجتهدين يعتقده أرجح من غيره أو مساوياً له وإن كان في نفس الأمر مرجوحاً» السابق: 400/2. وكثير من =

من الصراع المستعصي فيما يبدو على الحل بين التشريع التقليدي واحتياجات المجتمع الإسلامي، الذي بدأ يتطلع إلى تنظيم نفسه على أساس من المعايير والقيم الغربية. فبدا لأول وهلة أنه ليس هناك من حل على الإطلاق سوى ترك أحكام الفقه وإحلال قوانين مستلهمة من الغرب في المجالات التي استشعر المسلمون أهميتها الخاصة في التلاؤم مع الظروف الجديدة[2]. ولذا فإن أي فهم لطبيعة العمل القانوني الإسلامي الحديث إنما يتطلب في المحل الأول تقدير المدى الذي وصل إليه استمداد القوانين الأوروبية الأصل في البلاد الإسلامية، والأسلوب الذي تحقق به هذا الاستمداد.

وتبعاً للعلاقات التي نشأت بين الدول الإسلامية والغربية كان من الطبيعي أن تكون مجالات القانون العام (الدستورية والجنائية) والمعاملات المدنية والتجارية هي التي استحقت اهتماماً خاصاً في هذا الصدد. ففي هذه المجالات بدا النظام الإسلامي التقليدي ـ بحكم هذه الظروف الحديثة ـ قاصراً على نحو أكثر وضوحاً. ويكفي ما سبق ذكره إجمالاً حول أحكام المعاملات المدنية لبيان ما تنطوي عليه هذه الأحكام من تصور كامل في استيعاب التطور الاقتصادي ونظم التجارة الحديثة، وبخاصة إذا ما كانت أساليب تحقيق استيعاب التشريع التقليدي لذلك منحصرة في تلك الأساليب التي نوقشت في الفصل السابق. كذلك كان الإطار التقليدي لأحكام الجنايات مما لا يتفق مع وجهة النظر الحديثة، ولا يرجع ذلك فقط إلى ما تنطوي عليه من عقوبات اعتبرت خارجة على المبادىء الانسانية[3]، كقطع اليد

= العلماء ضد هذا الرأي، منهم العراقي والزركشي وعز الدين والنووي والقرافي والشعراني والشوكاني وغيرهم. وقد نقل الحجوي بعض هذه الآراء وانتصر لها، وبين المفاسد التي نشأت عن القول بوجوب التمذهب، مما ينبغي أن يراجع في كتابه: الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي: 417/4 وما بعدها.

(2) قد بدا ذلك بالفعل للحكومات الاستعمارية وعملائها الذين فرضوا وجهة نظرهم هذه على الشعوب الإسلامية بحد السيف. وقد سعى علماء الفقه الإسلامي إلى تحقيق التواؤم مع الظروف الجديدة في إطار قواعد الشريعة ومبادئها، الأمر الذي يتجلى في ظهور مجلة الأحكام العدلية، غير أن هذا الحل لم يعجب القوى الغربية ففرضت قوانينها بحيل وأساليب مختلفة، وهذا هو الذي سيضطر المؤلف إلى الاعتراف به على نحو مباشر أحياناً.

(3) من الذي اعتبرها كذلك؟ ومن المفارقة اللافتة للنظر أن الانجليز في الوقت الذي نظروا فيه إلى العقوبات الإسلامية هذه النظرة كان قانونهم نفسه يعترف بعقوبات فظيعة، فمثلاً لم تلغ طريقة تنفيذ القتل بالحرق في انجلترا إلا سنة 1790 م. وقد وصل القانون الانجليزي في أواخر العصور الوسطى بالأفعال التي توجب عقوبة الاعدام إلى مائتين. ولم يتورع عن الحكم بها على الأطفال إذا =

في السرقة والرجم في الزنا، ولا لتصور القتل باعتباره اعتداء مدنياً، الأمر الذي لم يعد يناسب دولة منظمة على أسس حديثة وإن حظي بالقبول في المجتمع القبلي[4]، بل يرجع بصفة أخص إلى أن الآراء الحديثة في النظر إلى الدولة لم تعد تحتمل تلك السلطات الواسعة والمطلقة التي وسدت للحاكم السياسي في إطار عقوبة التعزير (راجع ما سبق[5] ص103).

وقد أمكن إدخال القانون الأوروبي الجنائي والتجاري بلاد الخلافة العثمانية في القرن التاسع عشر بفضل نظام الامتيازات الذي حققت القوى الغربية عن طريقه لرعاياها القاطنين في الشرق الأوسط أن يحتكموا إلى قوانينهم الخاصة. وأدى هذا إلى ازدياد الألفة بالقوانين الغربية، وخاصة عندما كانت تطبق في «القضايا المختلطة» الواقعة ـ مثلاً ـ بين التجار الأوروبيين والمسلمين في مجال المعاملات التجارية. ومن ثم فقد كان من الطبيعي أن تلتفت السلطات في الشرق الأوسط إلى القوانين المعمول بها في نظام «الامتيازات» حينما أظهرت الرغبة في التقدم ودقة التنظيم حتمية ترك قانونها التقليدي. وفي الوقت نفسه فقد تصدت هذه السلطات من وراء تبني القوانين الأوروبية وتطبيقها على الصعيد القومي إلى محاولة إقناع القوى الأجنبية[6] بإزالة تلك

= أتوا أفعالاً معينة. ووجهة النظر الإسلامية بشأن العقوبات الشرعية أنها رحمة للبشر، وإن بطشت بالمعتدين. وقد عبرت إعادة العمل بالحدود في باكستان ـ أخيراً ـ عن تمسك المسلمين بعقيدتهم ووعيهم بأهمية تطبيق الأحكام الشرعية رغم ادعاء المدعين وكذب المرجفين.

(4) عرفنا أن حكم القصاص يتنازعه في الشرع حقان: أولهما حق المجني عليه وأولياء الدم، والآخر حق الله أو حق المجتمع المسلم؛ فلو عفا أولياء الدم عن القاتل صح للإمام تعزير القاتل بما يردع غيره عن ارتكاب هذه الجناية. وهي بذلك ليست عدواناً مدنياً كما ذكره المؤلف في أكثر من موضع.

(5) نـاقشت فيما سبق زعم المؤلف المتعلق باتساع مجال حرية الحاكم في التجريم والعقاب. ويجب الالتفات إلى الأصل الشرعي الذي أرسته «خطبة الوداع» والذي يقضي بحرمة دماء المسلمين وأعراضهم وأموالهم إلا بحقها، وإلى أن هذا الحق قد تحدد في نصوص الشرع. وبعبارة أخرى فإنه لا جريمة في الشرع ولا عقوبة إلا بنص، ولا يتمتع الحاكم طبقاً لذلك بأية مزية في هذا الشأن، وأن حق له ـ بمقتضى اجتهاده المشترط لصحة ولايته أو بناء على مشورته المجتهدين ـ أن يلحق الجرائم المنصوص عليها في الظروف المختلفة بالعقوبات المنصوص عليها بشيء من المرونة وبما يحقق المقاصد الشرعية في كل الظروف.

(6) لقد أراد المؤلف تصوير الظروف التي نشأ فيها استمداد القوانين الغربية بأنه كان هناك نوع من الحرية أمام الحكومات والشعوب لإسلامية في اختيار ترك قوانينهم الإسلامية وإحلال القوانين الغربية محلها. غير أن وجود نظام الامتيازات الذي أشار إليه المؤلف دليل كاف في حد ذاته على أن المسلمين لم يكن لديهم خيار مطلقاً في الاحتفاظ بقوانينهم الأصلية. والواقع التاريخي أن نظام=

الامتيازات التي أصبحت عبئاً يصعب احتماله في ظل تزايد الشعور الوطني بأهمية السيادة القومية.

ونتيجة لهذه الاعتبارات استمدت الخلافة العثمانية من القانون الأوروبي على نطاق كبير في تنظيمات تلك الفترة الواقعة بين سنة 1839 و 1876 م [1225 - 1293 هـ]. فقد كان القانون التجاري الصادر سنة 1850 م [1267 هـ] ترجمة مباشرة في بعض أجزائه للقانون التجاري الفرنسي، كما تضمن بعض المواد التي تضبط دفع الفائدة الربوية. وفي ظل القانون الجنائي لسنة 1858 م [1275 هـ] الذي كان ترجمة للقانون الجنائي الفرنسي أزيلت الحدود الشرعية كلها سوى العقوبة على الردة بالقتل. وقد تبعه قانون المرافعات التجارية في سنة 1861 م [1278 هـ] والقانون البحري التجاري في سنة 1863 م [1280 هـ] اللذان كان أساسهما مأخوذاً من التشريع الفرنسي كذلك[7].

= الامتيازات لم يوجد في البلاد الإسلامية إلا بعد أن تردت الدولة العثمانية إلى حالة من الضعف، وأصبحت تطلق عليها الدول الأوروبية الرجل المريض؛ فلا يصح للمؤلف الاستناد إلى ما استند إليه هنا لتبرئة القوى الغربية من جريمة فرض القوانين الأجنبية وتطبيقها في البلاد الإسلامية. وفي كلمة فإن العالم الإسلامي قد انهزم هزيمة عسكرية لا حضارية. وقد صرح الخديوي إسماعيل بإرغام أوروبا على الأخذ بالقوانين الغربية في حديثه لرفاعة الطهطاوي فيما يذكره رشيد رضا في كتابه تاريخ الشيخ الإمام محمد عبده 620/1.

(7) ليست هناك أدلة مطلقاً على صدق ما يقرره المؤلف بشأن هذه القوانين، ولعل الأوفق للواقع التاريخي أثناء صدور هذه القوانين أنها احتوت على بعض المفاهيم المحدودة من القوانين الغربية وأنها لم تكن ترجمة مباشرة للقانون الفرنسي، والأمر مع ذلك بحاجة إلى دراسة مستوعبة. وفي حدود ما يسمح به هذا التعليق يجب الالتفات إلى الملاحظات التالية:

(أ) بذل الخلفاء العثمانيون جهوداً ضخمة تميزت بالصدق والحماس في مجال تطبيق الأحكام الشرعية، ولا يقل دورهم في ذلك عن الدور الذي قام به أسلافهم من الأمويين أو العباسيين. ويفصح عن حماسهم هذا أنهم وسدوا إلى مفتي إسلام بول مهمة تعيين القضاة في أقاليم الدولة ومتابعة كل ما تصدره الدولة من إجراءات لتقويمها حسب أحكام الشريعة كما يفصح عنه كذلك تتبع نشاط أبي السعود شيخ الإسلام الذي استمر في منصبه هذا ثلاثين سنة (952 - 982 هـ/1545 - 1574 م). فقد أصدر توجيهاته للقضاة البالغة اثنين وثلاثين بنداً كي تشكل ما يمكن أن يمثل أساساً للعمل القضائي. ومما أوجبته هذه التوجيهات العمل برأي من الآراء المتضمنة في المذهب الحنفي والمنع من سماع الدعوى للتقادم المقدر بخمسة عشر عاماً إذا لم يكن هناك عذر معقول. كما نجح هذا المفتي في صبغ قانون الدولة الإداري بالصبغة الإسلامية تماماً، وعهد إليه بمراجعة قوانين الأرض السائدة في المناطق الأوروبية المفتوحة لطبعها بالطابع الإسلامي. =

ولتطبيق هذه القوانين أقيم نسق جديد من المحاكم «النظامية» أو «العلمانية»، وشمل

(ب) يتميز نشاط العثمانين القانوني ـ فضلاً عن حماسهم لتطبيق أحكام الشريعة ـ بإصدار قوانين الأقل. وقد بدأ هذا النشاط التقنيني في عهد السلطان محمد الثاني (855 - 886 هـ/ 1451 - 1487 م)، وبلغ أوجه في عهد السلطان سليمان الأول (926 - 968 هـ/ 1520 - 1560 م) حتى شمل مجالات كثيرة منها أحوال غير المسلمين والشرطة والعقوبات والأراضي والحرب ونتيجةً لهذه التقنينات آل أمر التطبيق القانوني إلى نوع من الوحدة والاتساق الذي عم جميع بلاد الخلافة. ويشير «شاخت إلى هذه الوحدة كي يقرر أن التطبيق القانوني في القرن السادس عشر كان أفضل في بلاد الخلافة من نظيره في البلاد الأوروبية آنذاك من كل الوجوه (An Introduction To Islamic Law p.92).

(ج) انعكس تخلف الدولة فيما بعد على الممارسة القانونية، وأرغمت الدولة على قبول نظام الامتيازات الأجنبية. وقوى التيار الداعي إلى التجديد في أواخر النصف الأول من القرن التاسع عشر الميلادي، فصدر قانون التجارة الذي أشار إليه المؤلف سنة 1267 هـ ـ 1850 م. وفي مقدمة المجلة أن هذا القانون صدر نتيجة اتساع المعاملات التجارية في هذه الأعصار، فمست الحاجة إلى استثناء كثير من المعاملات كالسفتجة التي يسمونها حوالة، وكأحكام الإفلاس وغيرها من القانون الأصلي، ووضع لهذه المستثنيات قانون مخصوص يسمى قانون التجارة وصار معمولاً به في الخصومات التجارية فقط. . . ومع ذلك فالدعاوي التي ترى في محاكم التجارة إذا ظهر شيء من متفرعاتها ليس له حكم في قانون التجارة مثل الرهن والكفالة والوكالة يرجع فيه إلى القانون الأصلي». ومن هذا يتضح أمران:

أولهما: أن هذا القانون إسلامي في جوهره ومضمونه، وأنه قد تضمن بعض المسائل التي يكثر وقوعها في مجال التجارة، لتيسير عمل محاكم التجارة. أما المسائل التجارية الأخرى التي لم يتضمنها فقد كانت أحكام الشرع المدونة في كتب الفقه وقوانين الدولة هي المرجع فيها.

وثانيهما: أن هذا القانون إسلامي في شكله كذلك، فقد عرفت الدول الإسلامية ـ والخلافة العثمانية ـ بصفة خاصة ـ محاولات سابقة للتقنين وتوحيد الأحكام المعمول بها قضائياً.

(د) استمرت الخلافة العثمانية طوال القرن التاسع عشر في تطبيق أحكام الشريعة عموماً ؛ فقد كانت مجالس تمييز الحقوق التي تضبط العمل القضائي تحت رئاسة حكام الشرع الشريف كما نصت مقدمة المجلة أيضاً؛ ورغم قيام محاكم يمكن أن تسمى «نظامية» بلغة المجلة ـ في هذه الفترة فلم يخرج الأمر عموماً عن الالتزام بالأحكام الفقهية؛ «فإن أصل القوانين والنظامات الملكية ومرجعها هو علم الفقه، وكثير من الخصومات المتفرعة والأمور التي ينظر فيها بمقتضى النظام تفصل وتحسم على وفق المسائل الفقهية»، مقدمة المجلة. وفي هذا الإطار الملتزم بأحكام الفقه ظهرت مجلة الأحكام العدلية التي تعد عملاً فقهياً وقانونياً من طراز رفيع المستوى في الترتيب والاختيار ووضوح الصياغة، مما يدل بحق على أن الفقه الإسلامي فيما لو ترك الأمر لعلمائه كان بسبيله إلى الدخول في مرحلة تألق جديدة يثريها وتثريه. ومرة أخرى فإن الفقه الإسلامي لم ينهزم حضارياً وإنما أخمد عسكرياً.

اختصاص هذه المحاكم ـ آنذاك ـ النظر في القضايا المدنية جميعها باستثناء قضايا الأحوال الشخصية[8]، فقننت في ضوء ذلك التشريعات الأساسية الخاصة بالالتزامات فيما بين سنة 1869 و 1876 م [1286 - 1293 هـ] لتجمع فيما عرف بالمجلة[9]. ورغم أن المجلة غير مدينة للمصادر الأوروبية بشيء من مادتها ـ التي كانت مستمدة من المذهب الحنفي تماماً ـ فقد هدفت تقنيناتها إلى تيسير الأمر على أعضاء المحاكم النظامية، حيث كان من العسير عليهم مراجعة الكتب الفقهية التقليدية الأسلوب واستخلاص الحكم الشرعي منها عند الحاجة إلى ذلك على نحو سليم. وكذلك قصد التقنين بطبيعة الحال إلى تحقيق الوحدة للتطبيق القانوني، وهو أمر له أهميته مقابل اختلافات الرأي الواسعة التي تضمنتها الكتب الفقهية.

أما مصر فقد ذهبت منذ سنة 1875 [1292 هـ] إلى مدى أبعد مما ذهبت إليه السلطات العثمانية في الأخذ عن القانون الفرنسي؛ فبالإضافة إلى أنها أصدرت قانونها الجنائي والتجاري والبحري، وأقامت أيضاً نسقاً من المحاكم النظامية التي تطبق هذه القوانين[10] ـ قد سنت كذلك قانونها المدني المستمد أساساً من القانون الفرنسي والمتضمن لقليل من المواد المأخوذة من أحكام الشريعة[أ].

---

(8) هذه المحاكم النظامية أو العلمانية Secular Courts اسمها في لغة مقدمة المجلة «مجالس تمييز الحقوق» التي كانت رئاستها لحكام الشرع الشريف على النحو الذي نقلناه في التعليق السابق، وهي بذلك لم تشكل خطراً على تطبيق الأحكام الفقهية.

(9) تعد المجلة «مجلة الأحكام العدلية» عملاً قانونياً ذا مغزى هام في تطور التشريع الإسلامي، فقد دلت بوضوح ـ رغم تقيدها بدائرة المذهب الحنفي عموماً ـ على أن أحكام الفقه الإسلامي يمكن بقليل من المعالجة أن تأخذ الإطار الحديث الذي يحقق لها مزايا كثيرة في مجال التطبيق الواقعي. وقد جاءت المجلة في ستة عشر كتاباً وإحدى وخمسين وثمانمائة وألف مادة تتناول أحكام العقود المختلفة التي تشكل موضوعات القانون المدني في الاصطلاح الحديث، كما تناولت بعض التصرفات المتعلقة بها ووسائل الإثبات والبيانات ومسائل الدعوى والقضاء مما يدخل في مجال الإجراءات المدنية. وقد استمر تطبيق أحكامها في تركيا إلى أن ألغاها أتاتورك سنة 1926 م، كما استمرت موضع التطبيق في لبنان إلى سنة 1932 م، وفي سوريا إلى سنة 1949 م وفي العراق إلى سنة 1953 م، وما تزال موضع التطبيق عموماً في قبرص وفلسطين. انظر في ذلك: an Introduction To Islamic . Law Schach p.93.

(10) لم تذهب مصر هذا المذهب باختيارها، بل دفعت إليه دفعاً، ويتضح ذلك بالنظر إلى الحقائق التاريخية المتمثلة في أن القوى الأجنبية قد فرضت نظام المحاكم المختلطة في مصر في يناير سنة =

ونتيجة لهذه الخطوات المبدئية التي اتخذت في ظل الخلافة العثمانية فإن القوانين الأوروبية الأصل غدت تشكل الجزء الأساسي والفعال في النظم القانونية المطبقة بأكثر بلاد الشرق الأوسط. فقوانين الجنايات والمرافعات تكاد تكون غربية بالكامل، وإن شهدت العقود القليلة الأخيرة تحولاً عن القانون الفرنسي إلى مصادر أخرى(11) ففي سنة 1926 م [1345 هـ] أصدرت تركيا قانوناً جنائياً أساسه القانون الإيطالي، ثم كان قانونها الخاص بالمرافعات الجنائية الذي صدر بعد ذلك بعامين مستمداً من القانون الألماني. كذلك تبنت مصر في قانونها الجنائي لسنة 1937 م [1356 هـ] القانون الإيطالي، وهو الذي يغلب تأثيره في القانون الجنائي اللبناني الحالي، وقد اختلط بالقانون الفرنسي في القانون الجنائي المعمول به في ليبيا. أما بالنسبة لقوانين المعاملات والالتزامات المدنية فقد تزايد اتجاهها في بلاد الشرق الأوسط عموماً وجهة غربية أثناء القرن الحاضر. فالمجلة إنما تطبق أحكامها الآن في الأردن فحسب، إذ إنها ألغيت في تركيا بتبني القانون المدني السويسري سنة 1927 م [1346 هـ]، وفي لبنان بقانون الالتزامات والتعاقدات لسنة 1932 م [1531 هـ] المستمدة أصوله من القانون الفرنسي، أما سوريا وليبيا فقد أصدرتا أخيراً قوانين مدنية مستمدة من القانون المدني الذي بدأ العمل به في مصر سنة 1949 م [1369 هـ].

غير أن هذا القانون الأخير يمثل تحولاً واضحاً عن الأسلوب السابق في

= 1876 م، مستغلة الوضع السياسي والمالي السيء الذي جرت إليه سياسة الخديوي إسماعيل في «جعل مصر قطعة من أوروبا» كما يتضح كذلك بالنظر إلى حقيقة أن القانون المدني المصري الذي أطلق عليه - «المجموعة الأهلية قد صدر سنة 1883 م - 1301 هـ، أي بعد احتلال انجلترا لمصر مباشرة، وقد كان هذا القانون على نسق المجموعة المختلطة» التي فرضها نظام الامتيازات الأجنبية، وجاء فيه أكثر أحكامها. وكذلك يرجع تاريخ إنشاء المحاكم الأهلية في الوجه البحري إلى العام الذي صدرت فيه «المجموعة الأهلية»، على حين تأخر إنشاؤها في الوجه القبلي ستة أعوام. فهذا هو الظرف التاريخي الذي أدى بمصر إلى الذهاب مدى أبعد مما ذهبت إليه دولة الخلافة.

(11) لم يكن تعيين المصدر الغربي أمراً ذا بال مطلقاً بالنسبة لسلطات الاحتلال وأعوانهم، بل خضع اختيار القانون الفرنسي لتطبيقه في بلد والقانون الألماني أو الإيطالي أو السويسري لتطبيقه في بلد مسلم آخر - للصدفة المحضة في حالات كثيرة، وإن خضع عموماً لرأي حكومات الاحتلال. فمثلاً رجع اختيار تركيا القانون المدني السويسري بعينه إلى أن وزير العدل الذي صدر هذا القانون في عهده كان قد أمضى فترة في سويسرا درس أثناءها القانون السويسري، وهذا هو الذي رجح كفة القانون المدني السويسري على غيره. ويمكن أن نقيس على ذلك أحوالاً كثيرة أخرى.

الاستمداد العشوائي من القوانين الأوروبية، ويمكن عدة محاولة للتوسط بين النظامين الإسلامي التقليدي والغربي؛ إذ أولى القائمون بأمره ـ وبخاصة المخطط الأساسي له عبد الرزاق السنهوري ـ أهمية كبيرة لكون نصوصه مزيجاً من القانون المصري السابق عليه ومن بعض المواد المأخوذة من قوانين معاصرة أخرى وأخيراً ـ لا آخراً ـ من مبادىء الشريعة الحقة. بيد أن هذا القانون ـ كما يبدو من النظر إلى واقع نصوصه ـ مدين لأحكام الشريعة بالقليل؛ فأكثر من ثلاثة أرباعه مستمد مباشرة من القوانين المصرية السابقة والصادرة سنة 1875 م[12] [1292 هـ] و 1883[ب]م [1301 هـ] . ومع ذلك فإن إصرار واضعي هذا القانون على طبيعته التركيبية وتأكيدهم على أن أحكامها الأجنبية الأصل قد تم اختيارها على أساس توافقها مع الأحكام الفقهية إنما يدل على موقف جديد تجاه الاستمداد من القوانين الأجنبية. ولعله ليس من الإسراف في الخيال أن يجد المرء في هذا الاتجاه الجديد ـ الرامي إلى عزل نصوص هذا القانون عن مصادرها الحقيقية تماماً ـ بداية لتجمع نوع من الجهود الرامية إلى صبغ العناصر القانونية الأجنبية الأصل بالصبغة الإسلامية، مثلما حدث من قبل في القرنين الهجريين الأول والثاني[13]. وفضلاً عن ذلك فإن المادة الأولى من هذا القانون تقرر أن على المحكمة أن تقضي فيما لم ينص القانون على حكمه بالرجوع إلى مقررات العرف، ومبادىء الشريعة الإسلامية أو العدل الطبيعي، كي تفتح الباب بوضوح للرجوع إلى أحكام الشريعة على نحو أوسع. والحق أن مثل هذا الرجوع لا يحتمل أن يسفر عن أية نتيجة هامة محسوسة طالما ساد التصور للفقه باعتباره نظاماً ثابتاً جامداً تم التعبير عنه في

---

(12) يشير المؤلف إلى كل من قوانين المحاكم المختلطة التي صدرت عام 1875 والخاصة بالفصل في القضايا المختلطة بالديار المصرية وإلى القانون المدني المصري الصادر عام 1883. ولا شك في أن قانون 1949 م الذي أشرف عليه السنهوري يعد نقله ولو ضئيلة عن قانون 1875 م البغيض والمرتبط في الأذهان بالمحاكم المختلطة، من حيث أنه حدد الهدف المنشود وهو الوصول بالأحكام المعمول بها إلى التطابق مع الشريعة الإسلامية.

(13) لم يدع الدكتور عبد الرزاق السنهوري ـ وزملاؤه الذين شاركوه في وضع هذا القانون ـ أن النصوص التي أخذوا بها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية بل عددوا المصادر الحقيقية التي اعتمدوا عليها، بترتيب استمدادهم منها واعتمادهم عليها. ولو قرأنا النص نفسه الذي نقله المؤلف لعرفنا أن واضعي هذا القانون كانوا أمناء في تصوير مصادره وأهميتها في عملهم، وقولهم عن «الشريعة الحقة» إنها متأخرة أي في الاستمداد، لا آخرة أي من حيث الأهمية المطلقة والمكانة التي تحتلها في صدور المؤمنين بها؛ فهم لم يموهوا ولم يخفوا المصادر التي اعتمدوا عليها، ولم يحدث من قبل في أي قرن أن أخفى المسلمون مصادر أحكام فقههم.

مؤلفات العصور الوسطى. غير أن التطورات الحديثة في القوانين الشرعية للأسرة ـ كما سنرى ـ قد استبعدت هذا التصور إلى حد كبير؛ فمن المحتمل للغاية في ضوء هذه التطورات أن يأخذ الاعتراف بدور أحكام الشريعة في القانون المدني مغزى أعمق أهمية من كل الوجوه.

ومن ثم فمنذ أواخر القرن التاسع عشر اقتصر العمل بالأحكام الفقهية الخالصة بشكلها التقليدي في الشرق الأوسط على مجال قانون الأحوال الشخصية، وهو المصطلح الذي يجب أخذه هنا بمعنى يشمل قوانين الميراث ونظام الوقف وكذلك قانون الهبة غالباً، اللهم إلا شبه الجزيرة العربية فقد بقيت بوجه عام محصنة وحدها من تأثير القوانين الأوروبية. فهناك في السعودية واليمن و«محمية عدن» وحضرموت وبعض الإمارات المطلة على الخليج الفارسي استمر التشريع الإسلامي التقليدي حتى الوقت الحاضر هو التشريع الأساسي الذي يحكم كل أوجه العلاقات القانونية مع إدخال بعض التعديلات الشكلية القليلة.

أما فيما سوى منطقة الشرق الأوسط من العالم الإسلامي فلقد كان تغلغل القوانين الغربية وثيق الارتباط بأنظمة الحكم المحتلة وقوى الاستعمار[14]. فمنذ اكتمال انتصار فرنسا في الجزائر سنة 1850 م [1267 هـ] والمجتمع المسلم فيها يخضع لمجموعات القوانين الجنائية والمدنية نفسها المطبقة في فرنسا، وانحصرت أحكام الشريعة في مسائل الأحوال الشخصية. كذلك نقلت هولندا قانونها العام والجنائي إلى أندونيسيا منذ القرن التاسع عشر، وإن استمرت العادة هي التي تضبط العمل في مجال القانون الخاص عموماً[15]؛ فأحكام الشريعة في هذا المجال لم تظفر أبداً ـ كما لاحظنا

---

(14) ليس من الإسراف في الخيال قطعاً أن المؤلف بتفريقه بين ما حدث في الشرق الأوسط وغيره بشأن تطبيق القوانين العربية واعتقاده أن منطقة الشرق الأوسط قد اختارت ذلك بإرادتها الخاصة وأن غيرها أجبرت عليه إنما يتبع سياسة تبرىء انجلترا من جريرتها في هذه المنطقة. ولا أعتقد أن مهمة البحث العلمي تبرئة طرف من الأطراف يتحمل من المسؤولية مثل ما يتحمله غيره؛ فلم يختلف الوضع في مصر عن مثيله في الجزائر إلا في الدرجة والأسلوب، وتدل تواريخ زحزحة الشريعة عن مكانتها في التطبيق القانوني في البلاد الإسلامية قريباً من ثلاثة عشر قرناً ـ على ارتباط هذه الظاهرة بجيوش الاحتلال الأوروبي.

(15) كان قانون الأحوال الشخصية الأندونيسي مستمداً من القانون الهولندي كذلك حتى سنة 1974 م، وكانت هناك قوى عديدة يعرفها من له أدنى إلمام بأحوال هذا البلد وظروفه التي تستغلها حركات =

من قبل - بأكثر من اعتراف محدود، رغم الجهود التي بذلها الهولنديون لفرضها في هذا الجانب القانوني، من حيث كونها القانون الأمثل للمجتمعات المسلمة(ج).

أما السياسة الانجليزية في الهند فقد قصدت في البداية على العكس من ذلك إلى إبقاء النظام القانوني القائم على المذهب الحنفي في صيغته التقليدية، والذي تعهده أباطرة المغول وطبقه القضاة[16]. ثم بعد إعادة ترتيب المحاكم على يد وارين هستنجز Warren Hastings سنة 1772 م [1186 هـ] كان القانون الانجليزي على وجه التحديد هو القانون الذي أخذت هذه المحاكم في تطبيقه في المناطق التي سيطرت عليها شركة الهند الشرقية The Presidencies . أما في المناطق الأخرى فقد كان القضاة المسلمون هم الذين يطبقون القانون الجنائي الإسلامي. وفي المسائل المدنية كانت أحكام الشريعة هي التي تطبق بين المسلمين أيضاً (بينما كان القانون الهندوكي هو المطبق على الهندوس) وذلك بعد الرجوع إلى رأي الخبراء من أهل البلاد الأصليين وهم «الملات» الذين كانت تضمهم المحكمة. وفضلاً عن ذلك ففي سنة 1882 م [1300 هـ] صدر القانون الجنائي الهندي - وهو التقنين الذي استخلص من القانون الجنائي الانجليزي بقصد التصدير - مع قانون المرافعات الجنائية كي يزيلا البقية الباقية من التشريع الجنائي الإسلامي. وإلى جانب ذلك تزايد صبغ القانون المدني بالطابع الانجليزي بفضل المبدأ الذي تبنته المحاكم والذي يتمثل في الحكم في القضايا حسب «العدل والإنصاف والضمير السليم»[17]؛ وبما أن القضاة البريطانيين - وزملاءهم الهنود - إنما

= التبشير. ورغم ذلك فقد ارتفعت أصوات عديدة تطالب بتطبيق أحكام الشريعة في هذا المجال، فاستجابت الحكومة الإندونيسية لذلك إلى حد ما، وأصدرت في التاريخ السالف الذكر قانون الزواج، وإن اشتمل في بعض نصوصه على أحكام ترجع إلى الأعراف المحلية.

(16) لم يكن لانجلترا نفوذ قوي في الهند في تلك الفترة التي أشار المؤلف إلى أن السياسة الانجليزية قد قصدت أثناءها إلى استبقاء أحكام المذهب الحنفي. فالمعروف أن شركة الهند الشرقية قد تسللت إلى شبه القارة في أواخر القرن السادس عشر الميلادي متسترة بأهدافها التجارية، ولم تكشف عن أهدافها الحقيقية إلا بعد قريب من قرن، ولم يصلوا إلى السيطرة الجزئية على بعض مناطق شبه القارة إلا بعد مرور قرن ونصف.

(17) حدثت هذه التطورات القانونية بعد نجاح انجلترا في إحكام قبضتها على شبه القارة الهندية ودخول الحكومة الانجليزية ذاتها مباشرة إلى الهند بدلاً من تركها الأمر للشركة الشرقية. ففي مايو 1875 م [1292 هـ] حدثت ثورة ضخمة في الهند قام بها المسلمون ضد الانجليز اضطرت الحكومة البريطانية للتدخل، وقد أدى نجاحها في قمع هذه الثورة إلى فتح الطريق أمامها للاستيلاء على =

تلقوا تدريبهم في محيط القانون الانجليزي فقد لجأوا بطبيعة الحال إلى إدخال احكام هذا القانون، نتيجة لرغبتهم في تحقيق الوحدة لأحكامهم في مجتمع معقد التركيب من ناحية وللصعوبة التي عانوها عموماً في الإدراك الصحيح لنصوص التشريع الإسلامي من مصادره العربية الأصيلة من ناحية أخرى. وحقيقة كانت «العدالة والإنصاف والضمير السليم» متطابقة مع فهم القانون الانجليزي لها. فكان من الطبيعي أن يؤدي هذا إلى تقنين أجزاء هامة من القانون المدني، احتذى فيها النمط الانجليزي، كي ينحصر التشريع الإسلامي منذ أواخر القرن التاسع عشر في شبه القارة الهندية ـ كغيرها ـ في مجال التشريع الأسري.

وقد ساد هذا الموقف نفسه إلى حد كبير في السودان في فترة مقاربة إبان الحكم الانجليزي المصري المشترك[18]، ففي سنة 1899 م [1317 هـ] صدر قانون جنائي يعتمد على نظيره الهندي، وإن عدل ليناسب الظروف السودانية، ومن تلك التعديلات احتفاظه بنظام الدية الإسلامي، ليحكم بها في قضايا القتل الخطأ بين هذه المجتمعات التي كانت منظمة على أسس قبلية. أما القانون المدني فلم يقنن من أحكامه سوى ما يتصل بمسائل معينة كالإفلاس والتعامل «بالكمبيالات» والشركات المحدودة المسؤولية، غير أنه قد اكتسب الطابع الانجليزي ـ كنظيره الهندي ـ بفضل مبدأ العدالة والإنصاف والضمير السليم، لدرجة أن محاكم السودان ظلت تسترشد (وإن لم تلتزم) بالقانون العرفي الانجليزي. وقد تحدد اختصاص المحاكم الشرعية أخيراً بقانون «المحاكم السودانية الشرعية» الصادر سنة 1902 م [1320 هـ]، والذي قرر أن لها النظر في الدعاوي التي تنشأ بين المسلمين فيما يتصل بالزواج والطلاق والولاية على الصغار وسائر العلاقات الأسرية. . . وكذا بالوقف والهبة والميراث والوصايا والحجر والولاية على المحجور عليه أو المفقود.

وعلى الخلاف من هذه المناطق التي تحدثنا عنها فيما سبق فقد احتفظت مراكش

= بعض المناطق الاسلامية الأخرى التي لم تكن خاضعة للنفوذ الأنجليزي من قبل. ومن اليسير أن نفهم في ضوء ذلك هذه التطورات التي ذكرها المؤلف.

(18) من الواضح أن المؤلف يريد بالإشارة إلى شركة مصر في هذه السيطرة تقليل مسؤولية انجلترا عما حدث من تطورات قانونية في السودان وإلحاقه بعض هذه المسئولية بعنصر إسلامي. والمعروف تاريخياً أن مصر كانت قبل هذا التاريخ محكومة من انجلترا.

وتونس ونيجيريا الشمالية بنظام تشريعها الإسلامي التقليدي معمولاً به لم يمس حتى فترة قريبة جداً. وليس مرد ذلك إلى الطابع المحافظ المتأصل في هذه الشعوب فحسب، ولأ لأن اتصالهم الوثيق بالحضارة الغربية قد حدث في فترة متأخرة نسبياً، بل يرجع كذلك إلى أن صيغ الحماية التي اتخذها الحكم الاستعماري (التي بسطتها فرنسا على تونس سنة 1881 م [1299 هـ] ومراكش سنة 1912 م [1331 هـ] وفرضتها بريطانيا العظمى على نيجيريا الشمالية سنة 1912 م) نزعت إلى استبقاء الوضع الراهن آنذاك دونما تغيير فيه.

غير أن اختصاص المحاكم الشرعية التي يقوم عليها القضاة التقليديون في مراكش وتونس قد اقتصر أثناء الاحتلال الفرنسي على مسائل القانون الأسري، بينما أسندت معظم القضايا المدنية والقضايا الجنائية كلها إلى محاكم أخرى تتمثل في محاكم القواد والوزراء في تونس، وفي محاكم القواد والباشوات في مراكش. وتعبر هذه الأزدواجية إلى حد كبير تعبيراً بالغاً عن الفصل بين المحاكم الشرعية والوضعية أو العلمانية[19]، وإن لم يتجاوز في الواقع هذا الفصل التقليدي بين القضاء الشرعي العادي وقضاء المظالم. فقد بقي القانون الذي تطبقه هذه المحاكم العلمانية ـ أو المظالم ـ في كل حالة إسلامية في أساسه أمداً طويلاً، مع الأخذ في الاعتبار بما حدث من تطورات خاصة للفقه التقليدي في مراكش عن طريق ظاهرة العمل الفاسي (انظر ص 285 فيما سلف). نعم، لقد صدر في تونس قانون الالتزامات والتعاقدات سنة 1906 [1324 هـ]، غير أنه اعتمد اعتماداً راسخاً على المصادر الإسلامية، وكان الهدف منه هو مجرد تحقيق الوحدة والثبات للتطبيق القانوني[هـ]، ولم يؤخذ في هذين البلدين بالقانون الفرنسي أخذاً مباشراً إلا في السنوات القليلة الأخيرة[20]؛ فعلى سبيل المثال

---

(19) يكرر المؤلف هنا زعمه بشأن الخلاف بين ولاية القضاء وولاية المظالم إلى الحد الذي يكاد يشبه ـ في رأيه ـ الخلاف في العصر الحديث بين المحاكم الشرعية والوضعية. وقد ناقشت هذا الزعم في حينه وفي التعليق المجمل الذي ورد في آخر الفصل التاسع، فارجع إليه هناك أن أردت.

(20) هذا الذي حدث في الواقع فيما يشير إليه المؤلف يدل دلالة واضحة على أن الحكام المسلمين ـ أو أكثرهم ـ بعد وصول بلادهم إلى الاستقلال السياسي قد ساروا ـ خلافاً للمتوقع ـ على الدرب نفسه الذي رسمه المستعمر في الاستعداد من القوانين الغربية، بل إن بعضهم حقق ما لم يحققه المستعمر نفسه في هذا السبيل. ويستطيع القارىء التحقق من ذلك بمتابعة الأمثلة التي ذكرها المؤلف لما قدمته الحكومات الوطنية (المسلمة!) من قوانين تعتمد اعتماداً كلياً على المفاهيم الغربية.

صدر سنة 1954 م [1374 هـ] في مراكش قانون جنائي احتفظ احتفاظاً سطحياً بالتحريم الشرعي للزنا، حيث قرر له عقوبة لا تتجاوز السجن لستة أشهر، كما صدر هناك أيضاً سنة 1960 م [1380 هـ] قانون التجارة والقانون المدني والمرافعات التجارية، وقانون التجارة البحري الذي صدر في تونس سنة 1962 م، وكلها مستمدة من القانون الفرنسي على وجه التحديد.

وفي الشمال النيجيري كان الفقه المالكي التقليدي أثناء فرض الحماية هو الفقه الذي كانت تقوم محاكم القضاة والمظالم الخاصة بالأمراء على تطبيق أحكامه في القضايا المدنية والجناية جميعها، سوى ما يتصل منها بإقطاع الأرض، حيث ساد العرف في هذا المجال. وفي ظل السياسة البريطانية القاضية بعدم التدخل في مسائل الدين وبالحفاظ «على القانون الأصلي والعرفي» تعززت سيادة القانون الشرعي إلا أن المحاكم لم يكن مسموحاً لها بأن تفرض في الجنايات عقوبات تتناقض، على حد تعبير اللورد لوجارد، مع «العدل الطبيعي والانسانية»[21]. والمعنى بذلك عقوبة قطع اليد في السرقة والرجم في الزنا، وإن كانت لا تطبق في الواقع إلا نادراً. غير أن حد الجلد في زنا غير المحصن وشرب الخمر والقذف قد ظل معمولاً به، رغم أن أسلوب تطبيقه التقليدي يدل دلالة واضحة على أنه يمثل لوناً من التشهير العام والكفارة الدينية أكثر من كونه عقوبة عضوية، فيجب على القائم بالجلد أن يمسك بالسوط بين أصابعه، وأن يحتفظ بحجر أو ما يشبهه تحت إبط ذراعه القابضة على السوط، وألا يرفع ساعده عن مستوى مرفقه وهو يجلد.

ومع ذلك فلم تكن ولاية المحاكم المطبقة للفقه المالكي في المجال الجنائي شاملة لكل أحوال التقاضي التي يكون الجناة فيها مسلمين، إذ كانت هناك أيضاً محاكم بريطانية تعمل بمقتضى القانون الانجليزي المتمثل في القانون الجنائي النيجيري. وتتنوع الظروف التي تحدد ما إذا كان القانون الإسلامي أو الوضعي هو المختص بالتطبيق، وما إذا كانت محكمة الأمير الذي وقعت جريمة من الجرائم الخطيرة في إمارته هي المختصة بنظرها في ظل قانون ترتيب المحاكم المحلية أوْلا، وفي قضايا القتل فإن مسألة تحديد القانون المختص بالتطبيق مما يمكن أن يكون بالنسبة للمتهم مسألة حياة أو موت، فالفقه المالكي يعتبر القتل عمداً، يجيز لوارث القتيل المطالبة بدم الجاني، إذا

(21) اللورد لوجارد laugard هو أول حاكم عام لنيجيريا. وإذا كانت هذه العقوبات متناقضة مع العدل والإنسانية من وجهة نظر اللورد فهي لم تكن كذلك من وجهة نظر المسلمين الذين احتفظوا بتطبيقها ثلاثة عشر قرناً قبل أن يعرفوا اللورد وأمثاله.

حدثت الوفاة نتيجة أي فعل من شأنه أن يفضي بذاته إلى القتل غالباً، حتى لو لم توجد نية القتل أو إحداث إصابة جسيمة، كما يدخل في العمد لدى فقهاء هذا المذهب أن تحدث الوفاة بأي فعل عدواني، سواء احتمل هذا الفعل الإفضاء بذاته إلى القتل أم لا. وحيث لا يعترف المالكية بدفع صفة العمد على أساس حدوث القتل نتيجة استفزاز المقتول للقاتل فالظاهر أن الحكم لديهم هو العقاب بالقتل على جنايات لا تصل إلا إلى مرتبة القتل الخطأ في القانون الجنائي النيجيري. وقد اتضح هذا التباعد بين النظامين تماماً في ذلك الجدل التشريعي الذي ثار سنة 1947 م [1367 هـ] حول حق المحكمة العليا بشأن أحكام الإعدام الصادرة من المحاكم الأهلية طبقاً لشروط النظر الشرعي في جنايات لا تصل إلا إلى مرتبة القتل الخطأ في القانون الجنائي النيجيري. وما إذا كان لهذه المحكمة الحق في الاعتراض على هذه الأحكام أو لا. ولا يمكن اعتبار قاعدة وجوب ألا تفرض المحاكم الأهلية عقوبة تزيد على العقوبة القصوى المقدرة في هذا القانون الجنائي ـ قانوناً مستقراً بأي حال من الأحوال حتى سنة 1957 م [1377 هـ].

وبالرغم من ذلك فإن الاعتبارات التي قادت إلى تبني القوانين الجنائية الحديثة في سائر بلاد العالم الإسلامي قد نشأت كذلك في نيجيريا الشمالية، حيث كان الشعور فيها بالحاجة إلى الإصلاح أكثر إلحاحاً مع وصولها إلى الاستقلال. ومن ثم صدر قانون جنائي جديد في سنة 1959 م [1379 هـ]. وتبعه قانون المرافعات الجنائية سنة 1960 م [1380 هـ]. ويعتمد هذا القانون الجنائي الجديد على نظيره السوداني، ولذا يرتد بأصله إلى القانون الجنائي الهندي الذي أعد مشروعه اللورد ماكولاي Macaulay سنة 1837 م [1253 هـ]، فلا يحتفظ لذلك بالطابع الإسلامي التقليدي إلا في أمر واحد، هو جواز عقاب المسلم بالجلد في جنايات الزنا والقذف وشرب الخمر علاوة على العقوبات الأخرى التي حددها القانون لهذه الجنايات. غير أن القانون النيجيري لا يحتفظ بنظام الدية في شكله التقليدي ـ خلافاً لنظيره السوداني ـ فقد أوجب التعويض في بعض الأحوال على الجاني مع العقوبات الأخرى المحددة في القانون، أو بدلاً عنها. لكن إيجابه هذا إنما ينحصر في إطار صيغ المسئولية الجنائية التي أخذ بها القانون النيجيري نفسه، ولذا فمن الواضح أن هذا التعويض لا يمكن أن يحل محل الدية الواجبة في قضايا القتل الخطأ[ن]. ومن الجدير بالملاحظة أخيراً أن هذا القانون الجنائي قد أسند تطبيقه إلى المحاكم القائمة بالفعل، وهذا المنهج سيؤدي بطبيعة الحال إلى تحول هام في أسلوب تدريب القضاة المسلمين[22].

---

(22) من المؤسف أن تحدث مثل هذه التطورات في ظل الحكومات الوطنية؛ فقد كان المتوقع منها أن =

ولم يكن الأخذ بالقوانين الغربية ليتحقق بدون صعوبات، يقتضيها مثل هذا التحول، في كثير من البلاد الإسلامية. ففي تركيا على سبيل المثال كانت السجون مبنية كي تناسب الحبس الجماعي للمذنبين الذين لم يكونوا مكلفين بعمل ما. غير أن القانون الجنائي الإيطالي الذي تبنته تركيا سنة 1926 م [1345 هـ] قد اشتمل على نصوص تتضمن الحبس الانفرادي والحبس مع العمل، فكان تطبيق هذه النصوص تطبيقاً كاملاً أمراً غير ممكن واقعياً إلا بعد أن أقيمت سجون جديدة تناسب هذه المقاصد. كذلك كان المدين المماطل في السداد يحبس طبقاً للتشريع الإسلامي فيما كان معمولاً به في تركيا، وحينما ألغيت هذه العقوبة في القانون المدني سنة 1927 م [1346 هـ] لجأ مثل هذا المدين إلى إخفاء أمواله تهرباً من السداد إلى الحد الذي فرض على الحكومة أن تسارع إلى إصدار عقوبات تحول دون ذلك(ح). وفي بلاد أخرى نشأت بعض المشكلات نتيجة وجود القوانين الإسلامية والغربية جنباً إلى جنب. ويرد مثال طريف لذلك في قضية وقعت حديثاً في السودان، وهي تتعلق بتفسير تلك الفقرة التي انطوى عليها قانون الإيجارات والتي تجيز للمؤجر استرداد حيازة البيت المؤجر إذا كان سيستخدمه سكناً لنفسه. وفي هذه القضية(ط) أراد مؤجر مسلم استرداد ثلاثة بيوت طبقاً لمدلول هذه الفقرة، بما يلي:

الأول أن الزوج وزوجته لهما اعتبار واحد في القانون العرفي الانجليزي، فانتفاع الزوجة بالبيت إنما يمثل انتفاعاً للزوج نفسه بهذا البيت.

والثاني أن كل زوجة من زوجات المسلم تستحق بيتاً مستقلاً، تفريعاً على حقها الشرعي في المعاملة المقْسِطَة.

والثالث أنه وهو زوج مسلم ملزم بمعاملة زوجاته معاملة متساوية.

وقد اقتنعت محكمة الاستئناف بحججه هذه، فأعادت إليه البيوت الثلاثة.

غير أن مثل هذه المشكلات الصغيرة لم تغير تغيراً ذا بال في حقيقة أن البلاد الإسلامية المختلفة قد نجحت في استيعاب القوانين الغربية، وأن هذه القوانين التي ربما كانت مفروضة في من عل قد تحقق لها نوع من التوافق(23) مع طبيعة الجماهير

= تعكف على خدمة دينها وتطبيق أحكام الشريعة، بدلاً من الاستمرار في الطريق الذي رسم المستعمر بداياته، ووكل إلى بعض المنتسبين للإسلام تنفيذه بعد رحيله عن البلاد.

(23) لا وجود لهذا التوافق في الواقع، فتطبيق أحكام الشريعة يمثل المطلب الملح لهذه الجماهير، ويأبى المنطق وجود أي نوع من التوافق مع قوانين مستوردة تعكس مزاج شعوب أخرى، وفلسفتها =

المسلمة. أما معارضة استمداد القوانين الوضعية فقد أعرب عنها بطبيعة الحال علماء الشريعة، وإن لم تقو معارضتهم[24] هذه أبداً إلى الحد الذي يمثل عقبة تعوق هذا الاستمداد وتمنعه. فقد كان الموقف السائد بوجه عام هو أن السماح لأحكام الشرع بالابتعاد عن مجال العمل القانوني، بما يؤكده من بقاء هذه الأحكام سليمة مصونة، هو الأفضل من إجراء نوع من التدخل الجذري في مبادئها، حسب ما تقتضيه الظروف الحديثة. وإلى جانب ذلك فقد استقر الفقه الإسلامي على الاعتراف بحق الحاكم ـ بما له من ولاية المظالم ـ في أن يضيف إلى أحكام الفقه الثابتة في مجال القانون العام وفقه المعاملات المدنية أحكاماً أخرى، وربما لا يبدو استمداد الحاكم من القوانين الغربية وفي هذه المجالات سوى نوع من التوسع الضروري في استعمال هذا الحق المعترف به. ومن ثم فلم يكن اعتبار القوانين الجنائية الجديدة في الشرق الأوسط من قبيل ممارسة الحاكم لسلطانه في اتخاذ التدابير الموافقة للسياسة ـ ولسلطته في التعزير بخاصة ـ مجرد محاولة سطحية لتبرير هذه القوانين وتسويغها.

ومن ناحية أخرى كان القانون الأسري هو معقل الشريعة وملاذها، فأدى استمداد القوانين الوضعية والغربية في المجالات الأخرى إلى إيجاد تلك الازدواجية الحادة التي أفضت إلى زيادة تأكد المغزى الديني والإسلامي للشريعة، ودعم قدرتها على ضبط المسائل التي بقيت في نطاقها. ونستخلص مثالاً واحداً لهذا الاتجاه الرامي إلى دعم موقف الشريعة ـ في صيغها التقليدية من القانون الشرعي الصادر في الهند سنة 1937 م [1356 م] حيث نص على أن الشريعة هي التي تمثل قانون المسلمين الأساسي في مجال الأحوال الشخصية ـ إلى جانب الميراث والهبة والوقف ـ وهدف إلى محو الممارسات العرفية المعارضة لأحكام الشرع، مما كان سائداً لدى بعض فئات

= الخاصة. وقد قرر المؤلف نفسه في مناسبات أخرى أن القانون ينبغي أن يتطور من واقع المجتمع ومن ظروفه هو، وهو هنا يعترف بأن هذه القوانين الأجنبية الأصل قد فرضتها الحكومات المختلفة، فكيف يوفق بين رؤيته للقانون على هذا النحو وبين ما ادعاه من انتهاء هذه القوانين الأجنبية إلى التوافق مع طبيعة الجماهير المسلمة؟!.

(24) عبر علماء الشريعة عن سخطهم على هذه القوانين بكل ما في طاقاتهم من قوة، وأعلنوا وجوب الرجوع إلى حكم الله عز وجل، وجاهدوا في هذا السبيل بكل الطرق المتاحة. كما أنهم لم ينفردوا بشرف الدعوة إلى ذلك، بل شاركهم كثير من رجال القانون الوضعي الذين نددوا به، وضحوا بأنفسهم في سبيل العودة إلى أحكام الشريعة، كما يشاركهم كل أصحاب الاتجاهات الإسلامية ومعهم في ذلك طوائف الشعب المختلفة. ويشتد الاتجاه إلى ذلك يوماً بعد يوم، حتى لم يعد يخطئه النظر.

المجتمع الهندي. غير أن المعايير والمفاهيم الغربية قد أوجدت بعض الدوافع للإصلاح في مجال القانون الأسري أيضاً. وقد بدا أول الأمر أن هذا «الإصلاح» نتيجة لا معدى عنها للمشكلة الناجمة عن التناقض بين احتياجات المجتمع والأحكام الفقهية التي رميت بالجمود وعدم التطور، مما أدى إلى تبني القوانين الغربية في المجالين المدني والجنائي. ولئن رأت تركيا الحل الوحيد المتاح أمامها هو الخروج الكامل على أحكام الشريعة والأخذ بالقانون الأسري السويسري في سنة 1927 م [1346 هـ] فإن هذا الحل لم تقتد به أية دولة مسلمة أخرى، وذلك من يمن الطالع بالنسبة للتشريع الإسلامي في مستقبل تطوره. ولقد أدى انعقاد العزم على استبقاء تطبيق الأحكام الشرعية إلى تحديد الوسيلة المناسبة لذلك في العمل على تحقيق التلاؤم بين النظر الشرعي التقليدي وظروف الحياة الحديثة، فيما استقرت عليه أكثر البلاد الإسلامية. أما أفغانستان، وأكثر البلاد الواقعة في شبه الجزيرة العربية، ونيجيريا الشمالية، وبعض البلاد المستعمرة كزنزبار فقد نأى بعضها عن الإسهام في هذا التطور وأخذ بعضها الآخر منه نصيب ضئيل، وإن دلت الشواهد الحالية على أن أوان اشتراكها لن يتأخر طويلاً. ومن ثم فسينصرف اهتمامنا فيما يلي إلى فقه الأسرة وظاهرة تطوره الحديث لدى أغلبية الشعوب [25] المسلمة.

---

(25) تناول المؤلف في هذا الفصل أخطر ظاهرة أصابت الفقه الإسلامي في الصميم، وهي ظاهرة إلجائه في التطبيق إلى مجال «الأحوال الشخصية» والأخذ بالقوانين الغربية في المجالات الأخرى. وتتصل أسباب هذه الظاهرة - في رأيه - بتطلع المجتمع الإسلامي إلى إعادة تنظيم نفسه حسب المفاهيم والمعايير الغربية، وعجز الفقه عن التواؤم مع الآراء التي تبناها العالم الإسلامي في العصر الحديث بعد ازدياد احتكاكه بالقيم الغربية. غير أن المؤلف قد عاد بعد ذلك ليؤكد ارتباط حدوث هذه الظاهرة في مناطق الاحتلال الفرنسي والهولندي بقوي السيطرة الغربية وجيوش الغزو الأوروبي.

ومن مجموع الملاحظات التفصيلية يتضح على نحو حاسم أن فرض القوانين الأوروبية الأصل قد واكب النفوذ الأجنبي، وسايره قوة وضعفا، لا فرق في ذلك بين مناطق التسلط الفرنسي أو الانجليزي أو الهولندي أو الإيطالي. ويمكن تأكيد ذلك بالنظر إلى الملاحظات التالية:

(أ) يتضح من النظر إلى تطور النفوذ الانجليزي في شبه القارة الهندية أن الانجليز عملوا على إقامة محاكم بريطانية تطبق قوانينهم في المناطق التي يحتلونها بمجرد استقرارهم فيها، على حين بقيت أحكام الشريعة مطبقة في الأماكن الأخرى التي تأخر وصول الانجليز إليها نسبياً. ولم يتم فرض النظم القانونية الانجليزية في شبه القارة عموماً إلا بعد التدخل المباشر للحكومة الانجليزية عقب أحداث ثورة 1875 م [1292 هـ]. وقد حدث مثل ذلك تماماً في مصر فبعد هزيمة عرابي ودخول الانجليز مصر تم فرض قانون مدني مستمد من قانون المحاكم المختلطة؛ كما أن الأمر في السودان لا يخرج عن ذلك أيضاً. =

= (ب) أما البلاد العربية والإسلامية التي لم تكن خضعت في أواخر القرن التاسع عشر للاحتلال الغربي فقد استمرت على الالتزام بأحكام الشريعة، بل وأسرعت كذلك باتخاذ بعض الخطوات الإصلاحية التي من شأنها أن تدعم التزامها هذا وأن تبرز قدرة الفقه الإسلامي على قبول «الصياغة التقنينية» التي كانت قد وصلت إليها بعض القوانين الأوروبية، وهذا ما قد يتضمنه صدور تقنينات مجلة الأحكام العدلية في سياق محاولات الدول الغربية فرض قوانينها على العالم الإسلامي في القرن التاسع عشر.

(ج) لم يستسلم المسلمون لتلك المحاولات الرامية إلى فرض القوانين الأجنبية، بل عمدوا إلى مقاومتها في حدود الوسائل المتاحة لهم، والتي كان من الطبيعي ألا تؤدي في ظروف هزيمتهم العسكرية الى نتائج عملية بعيدة المدى. ويدل على هذه المقاومة الاهتمام الدراسي بالفقه الإسلامي، وهو ما يتمثل في تحقيق كتبه وطبعها لتيسير الاطلاع عليها، كما يتجلى في نشاط مطبعة بولاق بمصر في أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، وعقد المؤتمرات والندوات، وإنشاء المعاهد المتفرغة لتعليمه - كمدرسة القضاء الشرعي في مصر التي لا بد أن يشار إليها في هذا الصدد، وكمدرسة ديوبند في الهند، وإقامة أقسام الشريعة بالجامعات المختلفة. ويدل على هذه المقاومة كذلك أن كل الحركات الإسلامية الصادقة - كالإخوان المسلمين في البلاد العربية والجماعات الإسلامية في الهند - قد وضعت تطبيق الشريعة في مقدمة أهدافها.

(د) من الطبيعي - مع ذلك - أن تنشأ في العالم الإسلامي فئة، هم طلع الهزيمة وثمرتها المشئومة، تنتصر للقوانين الأوروبية الأصل وتدعو إلى تطبيقها. ومن هؤلاء الأتراك الكماليون ومقلدتهم في مصر وغيرها الذين رددوا مقولة تلخص موقفهم، وهي: «نحن لا نريد شرعاً فيه قال وقالوا ولكن شرعا فيه قلنا ونقول» (344/2 حاضر العالم الإسلامي - لو ثروب ستودارد، بتعليق الأمير شكيب ارسلان) ولا تزال مقاليد الأمور في البلاد الإسلامية عموماً لهذه الفئة مع الأسف، وإن دلت الشواهد على أن مواقفها غير المنطقية بسبيلها إلى التعديل بتأثير عوامل الجذب التي تتجمع بفضل النهضة الدراسية للتفكير الفقهي الإسلامي وصحوة العمل الإسلامي في المجالات المختلفة.

الفصل الثاني عشر

تطبيق الشريعة في البلاد الاسلامية في الوقت الحاضر

فيما يتعلق بتطبيق فقه الأسرة عرف التراث الإسلامي التقليدي نظاماً قضائياً واحداً يتمثل في المحكمة ذات القاضي الواحد. فلم يكن هناك تدرج في ترتيب المحاكم ولا نظام الاستئناف، وإن استطاع المدعي المتضرر أن يطلب تدخل السلطة السياسية عن طريق رفع الأمر إلى ولاية المظالم[1]. غير أن هذا النظام الذي يتسم بالبساطة لم يعد مطبقاً في البلاد الإسلامية في العصر الحديث، فقد أخذت جميعها، بما فيها المناطق الأكثر محافظة بنظام الاستئناف، إذ كان إنشاء محكمة الاستئناف الإسلامية في شمال نيجيريا عام 1956 م [1376 هـ] واحداً من أحدث التطورات في هذا الصدد، وهناك الآن في المملكة السعودية وأفغانستان نوع من التدرج القضائي وتعدد القضاة عند النظر في القضايا الهامة. وقد قامت مصر سنة 1955 م [1375 هـ] وتونس سنة 1956 م [1376 هـ] بإلغاء المحاكم الشرعية تماماً، فآل إلى المحاكم الوطنية في كلا البلدين أمر تطبيق الأحكام الشرعية للأسرة إلى جانب قيامها بتطبيق القانونين المدني والجنائي. وفي الجزائر تعمل المحاكم الشرعية للقضاة باعتبارها محاكم ابتدائية فقط، على حين يختص قضاة المحاكم المدنية العادية بالنظر في الاستئناف، وفي الهند وكل تطبيق الأحكام الشرعية طيلة قرنين تقريباً إلى المحاكم المدنية العادية التي رجع النظر في استئناف أحكامها إلى اللجنة القضائية التابعة للمجلس السامي قبل الاستقلال عن الحكم الانجليزي وانفصال باكستان. وأكثر من ذلك فإن قوانين الإجراءات والإثبات

(1) راجع التعليق السابق بشأن ولاية المظالم.

التي كانت مطبقة في المحاكم الشرعية قد اصطبغت تدريجياً بالصبغة الحديثة إلى حد كبير خلال القرن الحالي في أكثر البلاد الإسلامية باستثناء تلك البلاد الشديدة المحافظة.

وتمتزج أحكام القانون الموضوعية في كثير من النظم تماماً بقواعد ترتيب المحاكم وإجراءات التقاضي. أما الأحكام الموضوعية الإسلامية فقد كان لها ـ بحكم أصلها التاريخي ـ وجودها المستقل إلى حد كبير عن الجوانب الإجرائية في التقاضي. ومن ثم فإنه من الناحية النظرية كانت إعادة ترتيب المحاكم الشرعية وتنظيم سير الدعوى فيها أمراً منفصلاً ومتميزاً عن الأحكام القانونية الموضوعية التي تقوم هذه الأحكام بتطبيقها. أما من الناحية الواقعية فقد دخلت في نسيج هذه الأحكام بعض التعديلات الهامة، مما يعد نتيجة طبيعية للظروف المحيطة بتطبيق الأحكام الفقهية التقليدية في الأزمنة الحديثة. وقد تحققت بنجاح بعض الإصلاحات للأحكام الشرعية الموضوعية عن طريق تدخل السلطات السياسية مباشرة، كما سنرى في الفصلين التاليين، غير أن هدفنا في هذا الفصل هو تناول تطور التطبيق القانوني بوجه عام مع المقابلة على وجه الخصوص بين الأوضاع التي نشأت بهذا الصدد في شبه القارة الهندية، والتي تبدو متميزة إلى حد كبير، من ناحية، والأوضاع التي نشأت في منطقة الشرق الأوسط من ناحية أخرى.

أما في شبه القارة الهندية فإن إسناد تطبيق الأحكام الشرعية إلى محاكم بريطانية أو شبه بريطانية تخضع لسلطة المجلس السامي The Privy Council وقراراته قد أدى إلى امتزاج ملحوظ بين القانونين الإسلامي والانجليزي. وقد نشأ عن هذا الامتزاج ما اصطلح عليه حقاً بالقانون «الأنجلو إسلامي». Anglo Mohammadan Law[2]،

---

(2) شرعت شركة الهند الشرقية في إقامة محاكم انجليزية منذ سنة 1772 م ـ 1186 هـ في المناطق التي احتلتها وخضعت لنفوذها في شبه القارة الهندية. وكانت الأحكام التي تقوم هذه المحاكم بتنفيذها مستمدة من المذهب الحنفي بالنسبة لأهل السنة، ومن الجعفري بالنسبة للإمامية الاثني عشرية. وقد حل القضاة الانجليز بذلك محل القضاة المسلمين في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وإن استعانوا في عملهم بهؤلاء المفتين الذين انحصر واجبهم في تزويد هؤلاء القضاة بالحكم الشرعي في القضية المعروضة عليهم، دون مشاركة من المفتين في تحديد الحكم القضائي. وقد أخذ الانجليز بعد ذلك بسياسة تعيين قضاة مسلمين في هذه المحاكم من بين العناصر المثقفة بالثقافة القانونية الانجليزية، مع أن المفروض من الناحية الرسمية أن وظيفة هذه المحاكم هي تطبيق أحكام المذهب الحنفي. وبهذه الطريقة ضمن الانجليز إحداث التغيير القانوني الذي أرادوه على=

حيث أدى اختلاط قواعد القانون الانجليزي ومفاهيمه بالقانون الشرعي الذي كانت تطبقه المحاكم الهندية إلى أن يصبح هذا القانون مختلفاً في جوانب عديدة عن الأحكام الشرعية التقليدية. غير أن هذا الاختلاف لم يكن نتيجة محاولة عمدية استهدفت صياغة التشريع الإسلامي على هذا النحو الجديد، بل على العكس من ذلك كان السعي الجاد من أعضاء هذه المحاكم لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي - في حدود فهمهم لها - أمراً لا ينبغي التشكك فيه. فالواقع أن هؤلاء الأعضاء لم يتحقق لهم بطبيعة الحال من العلم بالأحكام الشرعية ولا التمسك بحجيتها المطلقة ما تحقق لنظرائهم من القضاة العرب مثلاً، وتبعاً لذلك فقد تميز النشاط القضائي في شبه القارة الهندية بملمحين أساسيين، نحاول إبرازهما فيما يلي:

[أ] أولهما أنه لم يكن في طوق هذه المحاكم قبول الالتزام بالموروث الفقهي أو تقديره حق قدره، فلم تتردد لهذا في صياغة قواعد جديدة ألحقتها بالأحكام الفقهية التقليدية، حينما بدا لها ذلك ضرورياً لتحقيق العدالة والإنصاف بوجه عام. فعلى سبيل المثال أخذت دعوى المترملة لحقها في المهر الذي لم تقبضه أولوية الاستيفاء من تركة الزوج؛ فإن الحكم المعروف في القانون «الأنجلو اسلامي»، ولو على نحو غير دقيق، بتقدم الأرملة على سائر الغرماء Widow's Lien - يتيح لها الحق في استمرار حيازة

= نحو هادىء تدريجي لا يستفز مشاعر المسلمين إلى الحد الذي يجمع كلمتهم ضده. وهذه التغييرات التي أدخلها القضاة الانجليز ومن على شاكلتهم هي التي أدت إلى وجود هذا القانون المختلط الذي اصطلح على تسميته بهذا الاصطلاح الغريب حقاً.

ويجب أن نشير إلى أن القانون الانجليزي في هذه الفترة - أواخر القرن الثامن عشر وإلى منتصف القرن التاسع عشر - قدكان ما يزال يتحسس طريقه إلى النضوج، ولم يكن لديه ما يعطيه لأحد مطلقاً؛ ففي هذه الفترة كان يجري في بريطانيا نوع من التوفيق بين قانونها العرفي الذي اتسم بالجمود والتخلف وبين تطبيقات فكرة العدالة القائمة على أسس العدل الطبيعي التي تبلورت في القانون الروماني والتي أمدت القانون العرفي بأفضل عناصره، بينما كانت محاكم المسلمين في الهند في هذه الفترة ذاتها قد عرفت طريقها للرجوع إلى مؤلفات صنفها فقهاء شبه القارة أنفسهم كالفتاوي العالمكيرية وتطبق قانوناً هو بأي مقياس أبعد في الرقي والنضوج من هذا القانون الذي كان ما يزال غير محدد القوام أو السمت، ولم يصل إلى موقف نهائي بشأن مبادىء العدالة التي عثر عليها في القانون الروماني. لقد انهزم المسلمون عسكرياً فحق للمنتصر أن يفرض عليهم بضاعة كانت في مرحلة التصنيع. ولذلك تبدو الأحكام التي أحلها القضاة الانجليز ومن على شاكلتهم محل الأحكام الفقهية الإسلامية فيما شمله القانون «الأنجلو اسلامي» أقل نضجاً مما كان عليه العمل في الهند قبلاً.

التركة في حدود القانون ودون أن يتعرض لها أحد حتى تستوفي مهرها الذي لم تقبضه(ى)، ورغم أن هذا الحكم قد يعد نوعاً من التطبيق لمبدأ «الظفر بالحق Self help(3) » الذي أقرته الشريعة فإن الحكم الفقهي التقليدي يعتبر حق المترملة في هذه الحالة من قبيل ديون الذمة العادية، لا يتقدم حقوق سائر الغرماء(4). وأيضاً فإن الأحكام الفقهية التقليدية للهبة ـ التي ظلت دائماً ضمن الموضوعات الخاضعة للشريعة في شبه القارة الهندية ـ تقوم على أساس من المبدأ القاضي بتوقف نفاذ الهبة على القبض(5). وحينما بدا أن الالتزام الكامل بهذا المبدأ المتشدد قد ينطوي على نوع من المشقة والظلم في ظل الظروف الحديثة(6) جرى تيسيره بصدور التعديل الهام المتمثل في مبدأ «التسليم الحكمي»، وهو المبدأ الذي حظي باعتراف ضئيل في النظر الفقهي. ومن أبرز ما يتصل بذلك ما قضى به الأحناف من أن هبة سهم مشاع لا تكون نافذة إلا إذا قسمت هذه العين وأفرز سهم الهبة أولاً ثم سلم إلى الموهوب له(7). ويشمل هذا الحكم كافة الحالات إلا إذا كانت العين «غير قابلة للقسمة» ، ويقصد بهذا الاصطلاح في المفهوم التقليدي الأعيان التي تجر قسمتها حتماً إلى نقص

---

(3) أي حقه في الوفاء بما التزم به من ديون حال حياته وسدادها من تركته قبل التوريث، ومثل ذلك حقه في التجهيز وكل ما يتعلق بدفنه.

(4) لا يحقق هذا التعديل أية مزية، بل إنه ينافي قواعد العدالة والإنصاف في التقدير الموضوعي، مع أنه تفريع على أسس العدالة كما هو واضح من قول المؤلف. فالواقع أن المهر دين على الزوج مثل غيره من الديون الأخرى الواجبة في ذمته.

(5) الهبة عقد تبرع فتصح بالإيجاب وحده في حق الواهب وبالإيجاب والقبول في حق الموهوب له، كيلا يدخل في ملكه ما لم يقبله (تكملة فتح القدير: 114/7). وقد اعتبر الثوري وأبو حنيفة والشافعي القبض شرطاً لصحة الهبة، واعتبره مالك شرطاً لتمامها، ولم يره أحمد وأبو ثور شرطاً لصحتها أو لتمامها. وأدلة من اشترط القبض لصحتها أن الهبة تبرع، فلو ثبت الملك بها بمجرد العقد لتوجهت المطالبة عليه بالتسليم، فيؤدي إلى إيجاب التسليم على المتبرع، وهو غير واجب. انظر في ذلك فتح القدير 115/7، وبداية المجتهد 247/2، وحاشية الدسوقي 105/4، ومجلة الأحكام العدلية مادة 841.

(6) لا أدري ما نوع المشقة أو الظلم الذي يجر إليه اشتراط القبض في الهبة لتمامها.

(7) يفرق الأحناف في هبة المشاع بين أن يكون قابلاً للقسمة أولا، وضابطه كما في العناية أن كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصاناً في ماليته لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها». فيرون صحة هبة المشاع فيما لا يقبل القسمة مطلقاً، على حين اشترطوا التحويز والقسمة فيما يقبلها. فتح القدير: 121/7. ولا يشترط الجمهور ذلك، بل تجوز هبة المشاع فيما يقبل القسمة بدون اشتراط القسمة فيه. بداية المجتهد: 247/2.

الانتفاع بها. بيد أن الأحكام القضائية في الهند قد قيدت وجوب القسمة في هبة المشاع إلى أضيق الحدود، بأن قدمت ـ أولاً ـ عدداً من الاستثناءات الخارجة على قاعدة الأحناف، كهبة سهم من عقار مملوك ملكية مستقرة Freehold Property أو أسهم في شركة للأراضي، وبأن أخذت ـ ثانياً ـ بتفسير آخر لما «لا ينقسم»، بحيث ينصرف إلى الأعيان التي تستغل على أفضل وجه ممكن بدون القسمة.

وفي هذه التطورات التي انتهى إليها «القانون الأنجلو إسلامي» يبدو من الواضح أن المحاكم اعتبرت الأحكام الشرعية التقليدية خاضعة للتعديل في ضوء ما تمليه معايير العدالة في التقاضي شأنها في هذا شأن قواعد القانون العرفي الانجليزي سواء بسواء. وفي الواقع فإنه يجدر أن نلاحظ انتماء كثير من قرارات المحاكم الهندية التي اكتسبت أهمية كبيرة في هذا الصدد إلى أواخر القرن التاسع عشر، أي عقب أخذ النظام القضائي الانجليزي بمبدأ العدالة وتغليب أحكامه على أحكام القانون العرفي بفضل قوانين التقاضي[8] الصادرة في بريطانيا عامي 1873 م و 1875 م.

[ب] وأما التطور الآخر الذي تميزت به شبه القارة الهندية فيتمثل في التجاهل التام للأحكام الشرعية في جوانب قانونية معينة وإحلال قواعد القانون الانجليزي محلها. ولم يكن هذا الاستبدال نتيجة محاولة عمدية أيضاً[9]؛ فقد واجهت المحاكم ـ كما حدث في مجال القانون المدني ـ صعوبة بالغة فيما يتصل بتعيين الحكم الشرعي الذي يجب القضاء به في موضوع النزاع، وكان طبيعياً في مثل هذه الظروف أن يلجأ أعضاء هذه المحاكم إلى القانون الانجليزي الأيسر لهم والأعون في نظرهم

---

(8) يشير المؤلف بذلك إلى الحقيقة التاريخية المتمثلة في ازدواج التطبيق القانوني الانجليزي، حيث كان هناك نوعان من المحاكم، تطبق بعضها قواعد القانون العرفي وتطبق الأخرى أحكاماً قضائية قامت على أساس مما تقضي به مبادىء العدالة. وقد ألزمت المحاكم العليا البريطانية بعد صدور قوانين التقاضي التي أشار إليها المؤلف بترجيح الأحكام الصادرة على أساس العدالة عند تعارضها مع الأحكام الناشئة عن القانون العرفي. وقد انتقل هذا الاتجاه نفسه للعمل به في شبه القارة الهندية، فأعطت المحاكم البريطانية القائمة في هذه المنطقة لنفسها حرية تعديل الأحكام الشرعية في ضوء السوابق القضائية الانجليزية المبنية على قاعدة العدل الطبيعي التي تبلورت في القانون الروماني.

(9) قضية أن هذا الاستبدال لم يكن محاولة عمدية قضية غير صحيحة، فإن تعيين الانجليز قضاة لا علم لهم بالفقه الإسلامي وتنصيب مفتين لهم دور استشاري محدود إلى جوارهم كان بهدف إحداث التغيير إلا إذا افترضنا عدم وعي الإدارة الانجليزية بما تفعل.

على تحقيق العدالة. ولعل أحكام الميراث التي تحكم توزيع التركة في الهند وباكستان إلى الآن هي التي تزودنا بمثال بارز لهذه الظاهرة؛ ففي الفقه الحنفي ـ حسبما تطالعنا مؤلفاته المعتمدة ـ عدد من الأحكام التي ترجع إلى افتراض حياة الميت والتي تدل على اعتباره المالك للتركة في هذا المذهب، إلى أن يوفي له بالتزاماته. وهذه القاعدة ذات أثر كبير وخاصة إذا ما كانت التركة مستغرقة بالواجبات، حيث لا تنتقل ملكيتها إلى الورثة بوفاة المورث، وحيث يجري إعمال المبدأ الشرعي الآخر القاضي بأنه لا ميراث إلا بعد الوفاء بالديون المختلفة. غير أن الأحكام القضائية الصادرة في الهند تكشف عن جهل مطبق بقاعدة افتراض حياة الميت هذه؛ فقد تضمنت تلك الأحكام الأخذ بنقل ملكية التركة، سواء كانت مستغرقة بالديون أم غير مستغرقة، إلى الورثة وفق سهامهم في الميراث، مثلما كان يقضي لهم به القانون الانجليزي القديم. ومن شأن هذه الملكية أن تعرض الورثة للمسئولية الشخصية عن ديون الميت بنسبة أنصبتهم في التركة. غير أن المدين في القانون الانجليزي يستطيع التصرف في أمواله بعقد من عقود المعاوضات ما لم يفض ذلك إلى التهرب من الوفاء بالدين. ونظراً لأن الوارث يملك ما يستحقه من التركة فقد ذهب القانون الهندي إلى إعطائه الحق في التصرف في سهمه قبل سداد ديون الميت. وهكذا أدى عدم تطبيق هذا القانون لقاعدة «افتراض بقاء الميت حياً» إلى التدمير الكامل للمغزى الحقيقي للقاعدة الشرعية القاضية بأنه لا ميراث(ك) إلا بعد دفع الديون[10].

---

(10) لعل المؤلف يشير إلى قرار الحكم الصادر في قضية جفري بيجام. «Jafri Begum» سنة 1885 م ـ 1303 هـ. وموضوع هذه القضية أن شخصاً اسمه علي محمد خان توفي عام 1878 م ـ 1295 هـ تاركاً أباً وأماً وزوجة وأخاً وابنين وثلاث بنات، صغراهن هي جفري بيجام التي كان لها زوج اسمه عبد الرحمن. وقد رفع عبد الرحمن هذا قضية ضد الورثة يطالبهم بسداد دين كان له على الميت، وصدر حكم المحكمة لصالحه. وفيما بعد رفع أخو الميت قضية أخرى ضد سائر الورثة يطالب بنصيبه في التركة ـ وليس له ميراث طبقاً للقواعد الشرعية ـ بناء على أنه لم يكن طرفاً في القضية السابقة فأحيل الموضوع كله للمحكمة، وقد صدر قرارها مشتملاً على النقاط التالية:

(أ) إذا ترك الميت ديناً لم يقم بسداده حال حياته فإن التركة تنتقل إلى الورثة، ويأخذ كل منهم نصيبه قبل اقتطاع قيمة الديون منها. دون أن ينال ذلك من حق الغرماء في استيفاء ما لهم من ديون.

(ب) الحكم بدين في ذمة الميت على بعض الورثة الذين في يدهم التركة لا يشمل غيرهم ممن لم يأخذوا منها شيئاً.

=

وفي بعض الأحوال استندت الأحكام القضائية في الهند إلى فهم ناقص وغير صحيح للمصطلحات الفقهية، كما فسرت القواعد والأحكام الفقهية التقليدية في ضوء المفاهيم الخاصة بالقانون الانجليزي في أحوال أخرى.

ومن الأمثلة الدالة على ما أدى إليه حرص المحاكم الهندية على الأخذ بمفاهيم القانون الانجليزي من الحيلولة دون الفهم الصحيح للأحكام الشرعية ما ذهبت إليه تلك الأحكام بشأن هبة الأعيان لفترة معينة ـ وخاصة المحدودة بحياة الموهوب له ـ وهو ما يعرف «بالهبة مدى الحياة Life Estate» في مصطلح القانون الانجليزي؛ أي نقل ملكية أو رقبة العين إلى الغير مدة معينة مع اشتراط بعض الشروط الواردة على حق هذا الغير في استعمالها أو التصرف فيها. وبتأثير هذا التصور أصدرت المحاكم الهندية العليا حكمها[11] بـرفض إنشاء الهبة المقيدة بحياة الموهوب له، في ضوء ما قرره

= (ج) إذا ادعى أحد الورثة نصيباً في التركة ضد الورثة الذين صدر لهم حكم قضائي سابق، ولم يكن طرفاً في القضية السابقة ولا حائزاً لشيء من التركة فإن الواجب عليه أن يقوم بدفع نصيبه في الدين ـ حسب نسبة استحقاقه في التركة ـ قبل أن يضع يده على نصيبه في التركة.

ويعتقد فايزي في كتابه Outlines p.377 أن قرار المحكمة ببنوده الثلاثة هذه ما يزال محور القضاء الهندي في مجال الميراث. وفي ذلك يلاحظ المؤلف أن جهل القضاة بقاعدة افتراض بقاء الميت حياً قد أسفر عن تدمير مغزى القاعدة الشرعية الأساسية التي تؤخر الحكم بالميراث إلى ما بعد دفع الديون. وليس هذا فحسب، بل إن هذا الأمر قد خلق كثيراً من الصعوبات العملية في مجال التقاضي.

وهكذا أحل القضاء الهندي فكره «اعتبار الوارث مسئولاً عن ديون الميت والتزاماته في حدود النصيب الذي سيرثه» محل قاعدة الأحناف المتمثلة في افتراض بقاء حياة الميت إلى حين الوفاء بالتزاماته المختلفة، حيث تؤول التركة بعد ذلك إن بقي منها شيء ـ إلى الورثة.

(11) يظهر هذا الحكم في قضايا كثيرة، من أهمها قضية حميدة وبدلن Humeeda v. Budlun (1872 م)، وقضية عبد الغفور ونظام الدين 1892 م) والأصل في ذلك ما ورد في المذهب الحنفي بشأن «العمري»، وهي الهبة المقيدة بعمر الموهوب له. ففي الهداية ـ مثلاً ـ (230/3) أن العمري ـ كأن يقول الواهب جعلت لك هذه الدار عمري ـ «جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده». غير أن القانون الانجليزي يصحح تصرف الواهب في الهبة المقيدة بحياة الموهوب له، الذي يحق له طبقاً لذلك أن ينتفع بالشيء الموهوب مدة حياته ثم يرد إلى الواهب أو ورثته بعد موت الموهوب له، إطلاقاً لحرية المتعاقدين ورغبة في تصحيح التصرف في حدود إرادة الواهب. ومن ثم فقد اتجه القضاء الانجليزي في شبه القارة منذ البداية إلى إعمال الشروط المتفق عليها بين الواهب والموهوب له. ففي قضية أمجد خان وأشرف خان تتضح محاولة القاضيين «أشورث Ashworth ووزير حسن الوقوف بالعمري على حياة الموهوب له وعدم انتقالها إلى ورثته من بعده، خلافاً =

المذهب الحنفي الذي لم يجز هذا الوضع، حيث حكم بوجوب أن يكون نقل الملكية في الهبة مطلقاً غير مشروط. فكل ما يفيد التقييد بالوقت أو طريقة الانتفاع يعد لدى فقهاء هذا المذهب شرطاً فاسداً، يسقط موجبه، كي تصح الهبة في ذاتها، ويبطل القيد، ويتملك الموهوب له الشيء الموهوب بصفة دائمة. وبرغم أن هذه المحاكم قد وعت حقيقة المذهب الحنفي في هذا الصدد فإن قضاتها قد حصروا تفكيرهم ـ بحكم التأثير المشار إليه ـ في جانب واحد من فقه هذا المذهب في موضوع «التمليك بغير عوض» . فإن المذهب الحنفي إذ يعترف بورود هذا النوع من التمليك على الأعيان وحدها في الهبة، يعترف كذلك بوروده على المنافع وحدها فيما يختص به عقد العارية، الذي يصح اقترانه بشروط ترد على وقت الانتفاع بالعين المستعارة وطريقته. فتمليك المنفعة مقيدة بالوقت أو بغيره ـ وإن كان يختلف بطبيعة الحال عما قرره القانون الانجليزي في الهبة مدى الحياة Life Estate ـ أمر يمكن أن ينشأ في ظل الأحكام الشرعية. وقد اعترف بهذا أخيراً أصحاب المعالي قضاة المجلس السامي، وذلك في قضية السردار نوازش علي خان Nawazish Ali Khan التي صدر فيها الحكم عام 1948، [1368 هـ] ، والتي انبنى فيها النظر على تكييف المحكمة للعطية، وما إذا كانت قد وردت في هذه القضية على تمليك العين أو المنفعة، وتصحيح الشروط المقيدة

= للحكم الذي سبقت الإشارة إليه في المذهب الحنفي. وموضوع هذه القضية أن شخصاً اسمه غلام مرتفى خان أعطى زوجته ماله كله (15,000 روبية) هبة، مبيناً أن لها التصرف في ثلث هذا المال فقط، ومشترطاً أن يعود الثلثان الآخران وما يبقى في يدها من الثلث الأول إلى ورثته هو. ثم طالب أخوها بعد وفاتها بأخذ الثلثين والباقي من الثلث الأول، محتجاً بأن فعل الزوج لا يعدو أن يكون هبة مقيدة بشرط، وأن المذهب الحنفي يحكم بصحة الشرط وبطلان الهبة. ورغم أن المحكمة سلمت بحجته فقد رفض كل من القاضيين المذكورين الحكم لصالحه، وبشكل مختلف. ذلك أن أشورت قد برر رفضه هذا بأن الزوجة لم تكن قبضت الشيء الموهوب، فالهبة لذلك غير صحيحة أصلاً. وقد رفض المجلس السامي هذا التبرير وإن أخذ بالحكم الذي انتهى إليه هذا القاضي، مستنداً في تبريره لقبول الحكم إلى التبرير الآخر الذي أورده القاضي وزير حسن، والمتمثل في أن تعبير الزوج لإنشاء الهبة يدل على أنه أراد للزوجة الانتفاع بماله لا نقل ملكيته إليها، حيث إنه اشترط نقل هذه الملكية إلى أقاربه هو بعد وفاتها، وقد استوفت حقها في الانتفاع إلى الوقت الذي عينه الزوج، فيجب إمضاء الجزء الآخر مما أراده الواهب ونقل ملكية المال إلى ورثته. وقد استند الحكم في قضية نوازش التي سيشير إليها المؤلف إلى هذا التبرير نفسه مع تحديده بعض الشيء وإيجاد ملتمس له في الفقه الحنفي. وانظر في ذلك فايزي كتابه Outlines ص 250 وما بعدها، وكتاب: Principles of Mahomedan Law. ص 44 ,143 .

للانتفاع إذا ورد التمليك على المنفعة وحدها. ومما تجدر ملاحظته هنا أن من حق المعير في الفقه الحنفي الرجوع عن إعارته في أي وقت يشاء.

غير أن أكثر الأخطاء في فهم الفقه الحنفي ذيوعاً إنما ترجع إلى موضوع الوقف. ففي تلك القضية الذائعة الصيت والتي وقعت بين «أبي الفتي، ورسوموي Abul[12] Fata V. Rassomoy» أبطلت المحكمة الهندية العليا سنة 1894 م [1312 هـ] وقفاً كان الواقفان قد شرطا غلته لذريتيهما، جيلاً بعد جيل حتى انقطاعهم، ثم تذهب من بعدهم إلى الأرامل واليتامى والسائلين والفقراء. ولما استؤنف هذا الحكم أمام المجلس السامي أصدر أصحاب المعالي قضاته حكمهم بتأييده في ضوء هذا المبدأ الذي استقرت عليه محاكم العدالة الانجليزية، ومقتضاه أن انتفاع الفقراء في مثل هذا الوقف أمر مستبعد لا يكاد يتحقق عملياً، فنص الواقفين عليهم - بعبارة بعض هؤلاء القضاة - ليس إلا «لإضفاء طابع البر على وقفهما، طمعاً في تحقيق الحماية القانونية لتصرفات أريد بها خدمة مصالح أسرة من الأسر». وليس هذا في حقيقته وقفاً خيرياً بأي معنى، فيجب لذلك القول ببطلانه.

بيد أن هناك اختلافاً جذرياً بين المفهومين الإسلامي والانجليزي «للبر» في هذا الصدد؛ فالتقرب إلى الله هو جوهر الوقف الإسلامي، ويتمثل هذا التقرب - طبقاً لما رآه الفقهاء بالإجماع - في مجرد تنازل الواقف عن ملكيته لما يريد وقفه. ويقضي الفقه بأنه إذا صدر هذا التنازل صح الوقف وأصبحت العين محبوسة لا يصح التصرف فيها، بحكم رجوع ملكيتها كما في المذهب الحنفي إلى الله [عز وجل]، ثم لا يهتم الفقه بأكثر من ذلك، فلم يشترط تخصيص غلة هذه العين أو منفعتها لأوجه البر. ولذا صح

---

(12) لتوضيح الأمر في هذه القضية انظر كتاب فايزي Outlines صفحات 51 ,82 ,301. وموضوعها أن أخوين مسلمين وقفا وقفا تكون لهما غلته مدة حياتهما، ثم تنتقل بعد وفاتهما إلى أولادهما وأولادهم وإن نزلوا، فإذا لم يبق أحد منهم وانقرضوا جميعاً كانت إلى الفقراء والسائلين. فقضى قاضي محكمة الدرجة الأولى بصحة الوقف، ولكن المحكمة العليا قضت في استئناف الحكم الأول ببطلانه، وأيد المجلس السامي حكم المحكمة العليا.

وقد اشتمل التقرير المرفق بحكم المجلس السامي على الأساس الذي أخذ به المجلس في هذه القضية، وهو أن الوقف يكون صحيحاً إن كان قصد به حقيقة معنى التبرع وكان موجهاً إلى وجوه البر وإلا فلا. وقد أحدث هذا التقرير ضجة في الهند، لتناقضه مع المعمول به في شبه القارة، فرفضه أمير علي وشبلي النعماني الأمر الذي أدى إلى صدور قانون 1913 م.

للواقف أن يعين منفعة الوقف لأسرته[13]، طبقاً للرأي المجمع عليه في المذاهب الفقهية جميعها، بل رأى الفقيه الحنفي أبو يوسف صحة احتفاظ الواقف لنفسه بغلة الوقف كلها مدى حياته[14] باشتراط ذلك، وهو الرأي الذي كان معمولاً به في الهند. والواقع أن كثيراً من الفقهاء لا يرون ـ لكي يصح الوقف الأسري ـ ضرورة النص على انتفاع الفقراء والمرضى في الطبقة الأخيرة من المستحقين، أما هؤلاء الذين شرطوا النص على ذلك[15] فإنما قصدوا الحفاظ على معنى تأبيد الوقف لا إلى القول بأن مضمون هذا الشرط هو الأقرب إلى تحقيق الهدف الخيري للوقف مما لو جعلت منفعته لأسرة الواقف خاصة.

وبرغم ما ينطوي عليه الحكم في قضية «أبي الفتى» «ورسوموي» من مخالفة للأدلة الشرعية جميعها فلا شك أن المجلس السامي قد اجتهد في تطبيق الحكم

---

(13) يختلف الفقه الإسلامي عن القانون الانجليزي في النظر إلى الوقف الأهلي، حيث أجازه الفقه الإسلامي ولم يعترف به القانون الانجليزي، وهو الأمر الذي أسفر عن سعي القضاة الانجليز إلى إبطاله في شبه القارة انتصاراً لوجهة النظر التي انطوى عليها قانونهم. ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل أرادوا كذلك فرضها على الفقه الإسلامي بحجج شكلية مؤداها أن الهدف من الوقف هو التبرع، وأن الفقهاء المسلمين قد أخفقوا في تحقيق ذلك المعنى حينما أجازوا الأوقاف الأهلية التي لا يتجاوز فيها الواقف النظر إلى مصلحة نفسه ومصلحة أسرته، فأراد قضاة المجلس السامي تصحيح هذا الذي اعتبروه إخفاقاً من الفقهاء بالالتفات إلى نصوص السنة. والهدف من كل ذلك هو فرض وجهة النظر الانجليزية على الأحكام الفقهية.

فإذا ما التفتنا إلى حججهم تلك وجدنا أن الأوقاف الأهلية تتضمن معنى التبرع والإيثار والحدب على الفقراء، فأهل الواقف قد يكونون من الفقراء، فيحظى الواقف بثواب التصدق مقروناً بثواب البر بأهله. وقد حثت نصوص الشرع على الصدقة إلى الأهل لزيادة الثواب فيها بهذا المعنى. ومن ثم فإن الفقهاء المسلمين قد أجازوا الوقف الأهلي بالنظر إلى النصوص الداعية إلى البر بالأهل والعطف عليهم، ولم يكن لقضاة المجلس السامي أن يفرضوا مفهومهم الضيق للبر على الفهم الإسلامي له.

(14) انظر هذا الرأي لأبي يوسف في فتح القدير: 56/5. ولا ينطوي هذا الرأي على أدنى مخالفة لمعنى التبرع في الوقف، بل ينطوي هذا الرأي على محاولة لتشجيع الواقف من الناحية العملية، فلو صححنا تصرفه بالوقف مع مراعاة مصلحته الخاصة في الاحتفاظ بغلة الوقف طول حياته لأقدم على إنشاء الوقف دون تردد. ولا يخطىء الناظر إلى اجتهادات أبي يوسف في موضوع الوقف رغبته الأكيدة في التشجيع على إنشاء الوقف، خلافاً لمحمد الذي ركز عل الجوانب الشكلية في مسائل كثيرة.

(15) في الهداية أن التأبيد شرط بالإجماع، راجع فتح القدير: 48/5.

الشرعي[16] هنا، بل إن هذا في الحقيقة هو ما نص عليه قضاته بصراحة ووضوح. والسبب في هذه المخالفة ـ أولاً ـ أن أعضاء المجلس قد فضلوا اتباع الوجهة التي عبرت عنها أحكام المحاكم الهندية العليا في ذلك الوقت على الأخذ برأي المتخصصين من العلماء ـ كأمير علي مثلاً ـ[17] في فهم الأحكام الفقهية من مصادرها المعتمدة، و ـ ثانياً ـ أنه بدا من أصحاب المعالي قضاة المجلس السامي ما يدل على عدم استقرارهم بشأن الأصول المعتمدة في تحديد الأحكام الفقهية التي ينبغي الأخذ بها في أقضيتهم. فقد جاء قرارهم في قضية أخرى جرت بين أجا محمد، وكولثوم بي بي Aga Mahomed V. Koolsom Bee Bee فـي سنـــة 1897 م [1315 هـ]، أي بعد القضية السابقة بثلاثة أعوام، متضمناً معياراً يتفق مع المفهوم المحافظ للتقليد (وهو الأخذ بالأقوال التي يعتد بها) وهو أنه: «لا يصح للمحكمة أن تخلع على القرآن تصوراتها الخاصة في حال تعارضها مع الأحكام الصريحة لتلك المراجع المعتمدة» كالهداية في الفقه الحنفي. غير أن المجلس ـ برغم ذلك ـ قد وجد من حقه في قضية أبي الفتى ورسوموي أن يتجاهل الحكم الصريح المسطور في المراجع الحنفية المعتمدة، وأن يأخذ بدلاً من ذلك بفهم أعضائه لأقوال نسبت إلى النبي [ﷺ] يشير إليها ما جاء في تقريرهم من أننا «نخطىء في حق الشارع العظيم إذا تصورنا أية استجابة لدعوته إلى البر والخير في تلك التصرفات التي لم تبعد بالمعطى عن الأنانية ولم تحقق خارج دائرة التلاعب بالألفاظ الفارغة من المضمون أية منفعة عملية للآخرين». ولذا فالأمر باختصار هو أن القضاة البريطانيين قد أخفقوا هنا أيضاً ـ كما هو واضح ـ في فهم المعنى الحقيقي للتقليد، فاعتبروا الأحكام الشرعية التقليدية خاضعة للتعديل ـ كأحكام القانون العرفي الانجليزي ـ طبقاً لقواعد العدالة التي حظيت بالقبول في المحاكم.

غير أن التأثر بالقانون الانجليزي في هذه القضية لم يصادف القبول ـ الذي حظي به في مناسبات عديدة ـ من المجتمع المسلم في الهند، وصدر قانون تنظيم أوقاف المسلمين في سنة 1913 م [1332 هـ]، فنقض حكم المجلس السامي، وأعاد بنص موضوعي[18] تطبيق الحكم الحنفي التقليدي القاضي بصحة الوقف الأسري. بيد أنه

---

(16) لعله من الواضح الآن أن قضاة المجلس السامي إنما حاولوا فرض الحكم الانجليزي على الفقه الإسلامي، وأنهم لم يحاولوا تحقيق الحكم الفقهي مطلقاً.

(17) راجع وجهة نظر أمير علي في كتاب فايزي. . . Outlines صفحة 281, 303.

(18) يشير المؤلف إلى المادة الثالثة من هذا القانون، حيث نصت على أنه يجوز لأي مسلم إنشاء وقف ـ طبقاً لأحكام الفقه الإسلامي ـ الهدف منه هو مد يد العون إلى أسرته عموماً أو لأولاده =

تجدر الإشارة أخيراً إلى أن المحاكم البريطانية التي كان لها تطبيق الأحكام الشرعية في عدن وزنزبار وكينيا قد ظلت بعد ذلك التاريخ تعتبر قرار المجلس السامي في قضية أبي الفتى هو الحكم الذي يجب عليها الأخذ به، فحتم هذا بدوره صدور قانون على غرار «قانون تنظيم الوقف» الهندي في كل بلد من هذه البلاد. وأكثر من هذا فإن تعلق محاكم الشرق الإفريقي بالمفهوم الانجليزي «للبر» وعزوفها عن تركه ـ حتى بعد صدور القانون الأخير ـ قد أدى إلى ظهور عدد من القضايا التي فصل فيها المجلس السامي مستنداً إلى نوع من التفسير الضيق للقانون إلى الحد الذي أخل بأهدافه(ل) ولو جزئياً، وأحدث قراراته في هذا الصدد قد صدر في ديسمبر سنة 1962 م [1382 هـ].

وهكذا فإن القانون «الأنجلو ـ إسلامي» صورة فريدة للقانون الإسلامي، لا تتميز عنه فحسب من الناحية الشكلية ـ من حيث أنه نظام قانوني قام في أساسه على السوابق القضائية، واعتمد في تطبيقه على نسق هرمي من المحاكم التي تلتزم بتلك السوابق ـ بل يتميز من الناحية الموضوعية أيضاً من حيث أنه تأثر إلى حد كبير بالقانون الانجليزي، ولا سيما فيما يتصل بمراعاة قاعدة العدالة، وذلك على نحو عفوي يشبه تأثر التشريع الإسلامي في بداية نشأته بالقانون الروماني[19].

ويصح أن نلاحظ هنا أن تأثير القانون الفرنسي في الجزائر قد أسفر عن موقف متواز عموماً ـ وإن لم يبلغ نفس المدى ـ مع هذا الذي حدث في الهند، نظراً للسيطرة القوية التي مارستها المحاكم الفرنسية من خلال نظام الاستئناف على المحاكم الشرعية. فمثلاً تمسكت المحاكم الفرنسية بوجوب موافقة المرأة البالغة على الزواج، معتمدة في ذلك ـ ولو في الظاهر ـ على رأي الأحناف، وإن لم يكن هذا هو ما أخذ به المالكية، وقد ذهبت هذه المحاكم إلى ما هو أكثر من ذلك في باب «حضانة الصغار» ، إذ

= وأولاد أولاده وإن نزلوا، كما يصح للمسلم الحنفي إنشاء وقف يحتفظ بغلته لنفسه مدى حياته، بشرط أن تعود هذه الغلة أخيراً إلى الفقراء أو إلى أية جهة أخرى اعترف بها الفقه الإسلامي، على نحو يضمن تأبيد الوقف، سواء نص الواقف على ذلك أو لم ينص.

(19) ناقشت هذا الزعم فيما سبق، ولمزيد من الاطلاع انظر الدراسة التي عقدها المرحوم الدكتور محمد يوسف موسى للعلاقة بين القانونين في كتابه: «الفقه الإسلامي، مدخل لدراسته، نظام المعاملات فيه» من ص 84 إلى ص 103. ومن الجدير بالملاحظة هنا أن تأثير القانون الانجليزي في القانون الإسلامي المعمول به في شبه القارة قد استند إلى ظروف الاحتلال وإنشاء محاكم انجليزية، على حين لم يعهد للمحاكم الرومانية بأي دور في المجتمع المسلم إبان تطوره الأول، كما لم يخضع هذا المجتمع للاحتلال الروماني. فكيف يمكن تشبيه تأثر التشريع الإسلامي في العصر الحديث بالقانون الانجليزي بتأثره بالقانون الروماني في التطور الأول لهذا التشريع؟

رفضت الأحكام المحددة للمذاهب الفقهية جميعها، واعتبرت مصلحة الصغير هي المعيار الواجب التقديم في كل الأحوال. وقد أصبحت هذه القواعد ومثيلاتها التي تعكس التأثير الفرنسي جزءاً لا يتجزأ من الأحكام الفقهية المطبقة في الجزائر[20].

وإذا انتقلنا إلى الشرق الأوسط فسنجد أن الأوضاع تختلف فيه اختلافاً بيناً، فقد غلب على المحاكم الشرعية الأخذ بالتقليد، إلى الحد الذي منعها من العمل بأي حكم لا يتفق تماماً مع ما عبرت عنه المؤلفات الفقهية التقليدية. ولذا لم يكن من الممكن إحداث تغيير في تلك الأوضاع إلا عن طريق تدخل السلطة السياسية، وهذا هو ما حدث في الواقع حينما كانت تبادر هذه السلطة إلى ممارسة حقها الذي ادعته لنفسها ـ بمقتضى قاعدة «السياسة»[21] ـ في تحديد كيفية تطبيق الأحكام الشرعية.

ولعل من المناسب أن نذكر هنا بأن قاعدة «السياسة» هي قاعدة القانون العام الإسلامي الأساسية التي تحدد وضع السلطة السياسية إزاء تطبيق الأحكام الشرعية، والتي تعطي الحاكم الحق في أن يتخذ من الإجراءات الإدارية ما يراه كفيلاً بتحقيق المصلحة العامة، شريطة ألا يتناقض عمله هذا صراحة مع الأصول الشرعية الثابتة. ويتمثل أحد المظاهر الهامة لهذا الامتياز الموسد للحاكم في أن له حق تحديد ولايات المحاكم، ووضع قيود تحدد اختصاصها. وعلى هذا الأساس نفسه أقام فقهاء السياسة الشرعية اعترافهم بصحة ولاية المحاكم الأخرى التي برزت إلى جانب المحاكم الشرعية في العصور[22] الوسطى، والتي أسند إليها القضاء في مسائل منتزعة من اختصاصات المحاكم الشرعية، وعلى هذا الأساس أيضاً يصعب رمي النسق الجديد من المحاكم،

---

(20) يتفق رأي ابن القاسم مع رأي الأحناف في هذه المسألة. انظر: بداية المجتهد 6/2.

(21) لعل المؤلف يشير بذلك إلى الحق المقر للحاكم في تعيين الحكم الشرعي من بين آراء المجتهدين، شريطة ألا يخالف حكماً مقطوعاً به. فينحصر حقه هذا أصولياً في الأمور الاجتهادية. وطبقاً لما هو مقرر في علم الأصول فإن عليه أن يتبع الدليل الأرجح وقواعد الاجتهاد لا أن يميل مع الهوى. ولعل المؤلف يشير بذلك أيضاً إلى حق الحاكم في تحديد ولاية المحاكم والقضاة. وينبع هذان الحقان للحاكم من منطلق اشتراط توافر قدرته على الاجتهاد.

(22) الواقع أن ولاية المظالم ترجع من الناحية التاريخية إلى عهد النبي ﷺ. وقد أشار الماوردي إلى نشأتها التاريخية قبل الإسلام في «حلف الفضول» الذي تحالف فيه رؤساء العرب «على رد المظالم وإنصاف المظلوم من الظالم» وشهده النبي ﷺ وهو ابن خمس وعشرين سنة، وقال في شأنه: (لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلف الفضول ما لو دعيت إليه لأجبت، وما أحب أن لي به حمر النعم). ويعد حضور النبي ﷺ هذا الحلف وقوله فيه هذا القول فيما بعد مما يستدل به على مشروعية هذه الولاية. انظر: الأحكام السلطانية ص 79.

التي تقوم حالياً بتطبيق الأحكام الفقهية في مصر وتونس، بكونه غير إسلامي، طبقاً للتصور التشريعي العام، خاصة وأن منصب القاضي ـ وإن ظل لقرون عديدة هو المنصب الأساسي في القضاء الشرعي ـ إنما نشأ في عهد الأمويين[23]، ولم يستند إلى أي حكم تضمنته نصوص الوحي الإلهي. غير أن فقهاء السياسة الشرعية قد أبرزوا ـ على نحو خاص ـ حق الحاكم في الأخذ ببعض القواعد الجديدة، وتطبيقها في مجالي الإجراءات والإثبات، وسنتناول فيما يلي هذا الجانب من فقه السياسة الشرعية؛ فقد قيدت حكومات الشرق الأوسط ـ عن طريق إصدار سلسلة من اللوائح أخذت عادة وصف القانون ـ اختصاصَ المحاكم الشرعية بالقضايا المستجمعة لشروط معينة تتعلق بالإجراءات المتبعة في هذا الصدد. وبرغم أن هذه القيود تتبع الجانب الإجرائي المنفصل قد أثرت تأثيراً بعيد المدى على طبيعة القضاء الشرعي، كما يتبين من العرض الموجز التالي لأهم المسائل التي جرى فيها تقييد اختصاص المحاكم الشرعية على هذا النحو.

لم تول الأحكام الفقهية التقليدية أية أهمية للإثبات عن طريق الكتابة، كما سبق أن لاحظنا، على الرغم من الأمر القرآني الصريح بأنه ينبغي أن توثق المعاملات بكتابتها. غير أن المساوىء الناجمة عن اعتماد المحاكم على الشهادة الشفهية وحدها قد أدى إلى إصدار عدد من التنظيمات السياسية في الشرق الأوسط تمنع المحاكم من سماع الدعاوي التي لا تستند إلى بينة موثقة في بعض مجالات التقاضي. فاللائحة الصادرة في مصر سنة 1897 م [1315 هـ] والخاصة بترتيب المحاكم الشرعية وإجراءاتها تقرر أنه «لا تسمع دعوى الزواج أو الطلاق أو الآثار المترتبة عليهما بعد وفاة أي من الطرفين ما لم تكن مؤيدة بوثيقة خالية من شبهة التزوير». وفيما بعد انتقل الأمر من مجرد الإلزام بتقديم مثل هذه الوثيقة المكتوبة إلى ضرورة التقدم في بعض الدعاوي

(23) يخالف هذا القول مخالفة واضحة الوقائع الثابتة تاريخياً؛ فمن المعلوم أن النبي ﷺ أرسل قضاته وولاته إلى الأقاليم النائية عن المدينة في شبه الجزيرة، كما أن عمر بن الخطاب قد كلف عديداً من أعوانه بتولي منصب القضاء. وقد سجل الكندي المتوفي سنة 350 هـ. أخبار هؤلاء القضاة الذين عينهم عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان قضاء مصر، أولهم قيس بن أبي العاص، ومن بعده كعب بن ضنه، ثم عثم بن قيس بن أبي العاص الذي مات بعد مقتل عثمان بن عفان (فلم يكن بمصر قاض حتى قام معاوية) نظراً لاضطراب أحوالها فيما بين ذلك. انظر كتاب الكندي الولاة والقضاة ص 300 وما بعدها. وليس من الممكن تصور تطور الدولة الإسلامية أيام الراشدين دون وجود لولاية القضاء أصلاً.

بوثيقة من نوع معين، وهي الشهادة التي يصدرها موظف مأذون له بذلك[24] وقد منع قانون حقوق الأسرة الأردني الصادر في سنة 1951 م [1371 هـ] المحاكم هناك من سماع دعوى الزوج بالطلاق - التي قد يرفعها لدفع طلب الزوجة النفقة - ما لم يكن هذا الطلاق موثقاً لدى القاضي، ويعد هذا الإجراء خطوة هامة في سبيل جعل الطلاق بيد القاضي. ولعل الفرصة مناسبة الآن للابتعاد عن التجمعات الأساسية للشعوب المسلمة - كي نلاحظ أن تسجيل الطلاق قد ظل دوماً واجباً قانونياً لدى مليوني مسلم أقوياء العقيدة في يوغوسلافيا، منذ دخولهم في الإسلام، وهذا هو المطبق أيضاً لدى خمسين ألف مسلم في جويانا Guiana منذ سنة 1937 م [1356 هـ].

وقد أخذ بهذا الأسلوب الإجرائي نفسه في مصر لتجنب الآثار التي لم تعد مقبولة في التفكير الحديث، والتي تتصل بطول مدد الحمل، طبقاً للتقديرات التي تبنتها المذاهب الفقهية. فقد رأى الأحناف أن أقصى مدة للحمل عامان فقط[25]، على حين اعترفت المذاهب الأخرى بمدد أطول من ذلك؛ فيحددها الشافعية والحنابلة بأربع

---

(24) هذا هو الحكم الذي أوجبه قانون رقم 78 لسنة 1931 م في أحوال إنكار الزوجية، وبناء على ما أوجبه هذا القانون لا تثبت دعوى الزواج بعد آخر يولية في السنة المذكورة إلا بوثيقة رسمية صادرة عن موظف مختص بتوثيق عقود الزواج أو بإقرار المدعي عليه في مجلس القضاء. وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور الأصل الفقهي لمنع المحاكم من سماع الدعاوي التي لم تستجمع هذا الشرط، فنصت على أن هذا المنع مبني على حق ولي الأمر في تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة والشخص. وهذا هو نص ما جاء في ذلك:

(من القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص وأن لولي الأمر أن يمنع قضاته من سماع بعض الدعاوي، وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعاً لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة الحقوق من العبث والضياع. وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك، وأقروا هذا المبدأ في أحكام كثيرة، واشتملت لائحتا سنة 1898 م و 1910 م للمحاكم الشرعيةعلى كثير من مواد التخصيص وخاصة فيها يتعلق بدعاوي الزوجية والطلاق والإقرار بها... إلا أن الحوادث قد دلت على أن عقد الزواج لا يزال في حاجة إلى الصيانة والاحتياط في أمره... فحملا للناس على ذلك وإظهاراً لشرف هذا العقد وتقديساً له عن الجحود والإنكار.. أصبحت دعاوي الزوجية أو الإقرار بها لا تسمع عند الإنكار من أول أغسطس بدون وثيقة رسمية في حال حياة الزوجين أو بعد الوفاة. ووثيقة الزواج الرسمية هي التي تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته.. طبقاً للمادة 132 كالقاضي والمأذون في داخل القطر وكالقنصل في خارجه».

(25) راجع مذهب الأحناف واستدلالاتهم في هذه المسألة في فتح القدير: 305/3, 310.

سنوات[26]. على حين تذهب بعض الآراء المعتبرة في المذهب المالكي إلى تقديرها بسبع سنوات[27]. ولا ترجع مثل هذه الآراء تماماً إلى جهل فقهاء العصور الوسطى بحقائق علم الأجنة، وإن كان اعتقادهم في ظاهرة «الحمل المستكن Sleeping Foetus» قد أسهم إلى حد كبير في قبولهم لتلك التحديدات؛ فمن الواضح الذي لا حاجة بنا لذكره أن الفقهاء كانوا على وعي تام بمدة الحمل العادية، حيث اعتبروها أساساً لكثير من الأحكام الفقهية، وقد ذهب جمهور فقهاء الإمامية الاثني عشرية في واقع الأمر إلى تقدير المدة القصوى للحمل بتسعة أشهر هلالية[28]. غير أن الآثار المتعلقة بنفي نسبة الولد الشرعية هي التي دعت الفقهاء فيما يغلب على الظن إلى اتخاذ موقف بالغ الحذر في هذا الصدد. لقد كانت هناك رغبة قوية في تجنب الحكم بنفي النسب الشرعي لولد جاءت به أمه ـ المطلقة أو المترملة ـ بعد انقضاء مدة الحمل العادية من تاريخ انتهاء الزواج؛ حيث إن الحكم بنفي النسب الشرعي عن مثل هذا الولد سوف يحرمه من أية حقوق تتعلق بالنفقة وغيرها. ومن جهة أخرى يرى المالكية أن مجيء الأم بولد بعد انتهاء المدة المحددة من تاريخ انتهاء الزواج دليل ظاهر على ارتكابها لفعل الزنا قد يفضي إلى توقيع عقوبة الرجم عليها[29]، وقد أبدى الفقهاء دوماً عزوفهم عن تطبيق عقوبات الحد القاسية إلا حينما تثبت الجناية بدليل إيجابي. وفي إيجاز: يبدو أن المبادىء الإنسانية كانت ذا أثر في قبول الفقهاء لاحتمال امتداد الحمل هذه الفترات الطويلة[30]. فبالنظر إلى تعلق هذه المسألة بالتشريع الجنائي كان الموقف العام الذي

---

(26) انظر في ذلك: المهذب: 120/2 والمغني لابن قدامة: 116/9، 117، وهو المشهور في المذهب المالكي.

(27) هذا رأي ربيعة، والواقع أنه لا سند له.

(28) وهو رأي الظاهرية كذلك، وقد استدل له ابن حزم بأنه المروي عن عمر بن الخطاب، فَنَّد استدلال الأحناف وغيرهم، فحكم على الآثار التي استدلوا بها بالضعف. انظر: المحلي 316/10, 317، والبحر الزخار 143/3، 144 وبداية المجتهد: 88/2.

(29) الحمل عند المالكية قرينة غير قاطعة على ارتكاب الزنا الموجب للحد، وانظر في ذلك: التشريع الجنائي لعبد القادر عودة 440/2 والمراجع المثبتة هناك.

(30) استدل الفقهاء على الأحكام المختلفة التي أخذوا بها في تقدير أقصى مدة للحمل ببعض الآثار التي رووها في ذلك، فمستند الأحناف في التقدير بعامين ما روي عن عائشة من قولها: «لا يبقى في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفركة مغزل»، فإن هذا لا يعرف إلا سماعاً فكأنها روته عن النبي ﷺ. واستدل مالك في تقديره أقصى مدة الحمل بأربع سنين بما يذكره من أن جارته زوجة محمد بن عجلان قد حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة. ويرد ابن حزم هذه الآثار التي استدل =

اتخذه الفقهاء هو وجوب ترجيح الحكم بثبوت النسبة الشرعية للولد إلا إذا فرضت الظروف انتفاء هذه النسبة على نحو قطعي لا يتطرق إليه أي شك.

غير أن هذا الاعتبار قد فقد الدافع إليه في مصر الحديثة إلى حد كبير، حيث لم يعد الزنا جريمة جنائية، وحيث كفل القانون للأولاد الغير الشرعيين حق النفقة على آبائهم الفعليين. ومن ناحية أخرى تزايد الاستياء ـ في ضوء المقررات الطبية الحديثة ـ من النتائج المترتبة على الأخذ بالحكم الفقهي التقليدي في هذا الصدد. فبناء على أن عدة المرأة المطلقة تستمر ما دامت حاملاً كان بوسعها أن تأخذ النفقة من مطلقها مدة عامين بمجرد تأكيدها أن عدتها لم تكتمل بعد. وفضلاً عن ذلك فإن لها الحق في استيفاء نصيبها من التركة إذا مات هو أثناء هذه الفترة ولم تكن قد بانت منه بينونة كبرى. وكذلك فإن للولد الذي تجيء به المطلقة في غضون هذين العامين من تاريخ انتهاء الزواج الحق في النفقة من المطلق وأخذ نصيب أساسي من تركته بعد وفاته بحيث لا يحجبه أحد أبداً طبقاً لقواعد الميراث الشرعية.

ولما كان الحكم بوجود الحمل أو عدمه مسألة تدخل بطبيعتها في باب الإثبات فقد ناسبها من هذا الوجه أن تعالج في إطار الترتيبات الإدارية. وطبقاً لهذا أحست الحكومة المصرية أن بوسعها مواجهة هذه المشكلة بأسلوب تقييد اختصاص المحاكم الشرعية؛ فقررت المادة (السابعة عشرة) من قانون 1929 م أنه: «لا تسمع دعوى لنفقة عدة لمدة تزيد على سنة من تاريخ الطلاق. كما أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الإرث بسبب الزوجية لمطلقة توفي زوجها بعد سنة من تاريخ الطلاق». وكذلك قضت المادة (الخامسة عشرة) من القانون نفسه بأنه: «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب... لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة»[31]. وبعبارة أخرى فإن المحاكم الشرعية غير مسموح لها بنظر الدعاوي المتعلقة بهذه الموضوعات المتعددة إلا إذا كان الوضع العملي الذي سببها متفقاً مع مقررات الطب الحديث فيما يتعلق بمدة الحمل. وقد رئي أن (365) يوماً هي فترة كافية لاستيعاب كافة الحالات غير العادية.

= بها أئمة المذاهب، مبيناً ضعفها، كما سبقت الإشارة لذلك آنفاً. وقد ناقش الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم في كتابه الأحوال الشخصية طبعة 1343 هـ: 346/1 وما بعدها ـ هذه الآثار، وبين الأسس التي استند إليها قانون رقم 25 لسنة 1920، وإن لم يكن علاجاً شافياً في رأيه.

(31) نص المادة (15) أنه: «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفي عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة».

وتتضمن المادة (الخامسة عشرة) نفسها المشار إليها قبل قليل فقرة أخرى تتصل بموضوع الإثبات أيضاً وتتناقض مع حكم آخر للفقه التقليدي بشأن موضوع النسب. ففي المذهب الحنفي أنه إذا ولد طفل لامرأة متزوجة بعد مضي ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج نسب هذا الطفل إلى زوجها نسباً صحيحاً، لا حق له في نفيه عن نفسه، لا بإثبات أنه لم يدخل بها، ولا بإثبات عدم وجود اتصال جنسي بينهما في أي وقت محتمل للعلوق[32]. إنما عرف الفقه التقليدي أسلوباً واحداً يصح للزوج بمقتضاه نفي نسبة الولد الذي جاءت به زوجته عن نفسه[33]. ويتمثل هذا الأسلوب الذي يتسم بالشكلية إلى حد كبير في إجراء «اللعان» الذي يدين بوجوده إلى حقيقة أن جحود الزوج أبوة الولد الذي جاءت به زوجته يعد اتهاماً لها بارتكاب جريمة الزنا، مما يعرضه لعقوبة القذف المحددة بثمانين جلدة، فيما لو عجز عن إثبات الجريمة عليها بشهادة أربعة شهود. ولذا فعلى الزوج الذي يريد نفي ولد جاءت به زوجته أن يقسم بكيفية خاصة أربع مرات (تحل محل الشهادات الأربع)[34] أن هذا الولد ليس منه، ثم يستنزل على نفسه غضب الله إن كان كاذباً (وتحل هذه محل عقوبة القذف) فإذا امتنعت الزوجة عن الإقرار بالزنا فإن لها أن تدرأ العقوبة المحددة له عن نفسها بأن تقسم على براءتها أربع مرات، دفعاً للتهمة عنها، ثم تستنزل على نفسها غضب الله إن كانت كاذبة في دفعها لهذه التهمة. ويترتب على إجراء اللعان ـ وأصله لعن ـ بهذا الشكل

---

(32) النسب عند الأحناف أثر الفراش أو عقد الزواج، انظر فتح القدير: 301/3 وهم بذلك قد أطلقوا عموم قوله ﷺ الولد للفراش، بناء على أن الزوجة إنما تصير فراشاً بالعقد. ويعلق ابن رشد على هذا الرأي للأحناف بقوله: «وهذا شيء ضعيف» بداية المجتهد: 88/2، ويرى أنهم أعملوا ظاهر النص لا روحه. أما المالكية والشافعية فقد اشترطوا إمكان الدخول؛ ففي المهذب: 120/2 أن الزوج إن كان صغيراً لا يولد لمثله لم يلحقه النسب وينتفي عنه من غير لعان، وإن كان الزوج مجبوباً فقد روى الربيع أنه ينتفي عنه من غير لعان، «وإن لم يمكن اجتماعهما على الوطء بأن تزوجها وطلقها عقيب العقد أو كانت بينهما مسافة لا يمكن معها الاجتماع انتفى الولد من غير لعان، لأنه لا يمكن أن يكون منه». وليس هذا فحسب فقد روي عن أحمد بن حنبل اشتراط تحقق الدخول بالفعل ـ لا بالإمكان فقط ـ لثبوت النسب عند الإنكار، وهذا هو ما اختاره ابن تيمية، انظر: زاد المعاد لابن قيم الجوزية: 226/4.

(33) يصدق هذا على المذهب الحنفي وحده، أما إطلاقه على سائر المذاهب فليس بصحيح، طبقاً لما هو مذكور في التعليق السابق.

(34) مذهب الأحناف أن الأيمان الأربعة الخاصة باللعان قائمة مقام شهود الزنا، إذ اللفظ في كل يمين منها أشهد بالله، خلافاً للشافعية، حيث رأوا أنها مجرد أيمان مؤكدة بالشهادة، وهو مذهب مالك وأحمد بن حنبل. انظر: الأحوال الشخصية للأستاذ عبد العزيز عامر ص 116 وما بعدها.

انتفاء نسبة الولد إلى الزوج، وحرمة كل من الزوجين على الآخر تحريماً مؤبداً.

ومن الواضح أن «اللعان» نظام لا يتسق مع المفاهيم القانونية الحديثة في مجال الإثبات والمرافعة[35]، ولذا أخذ القانون المصري لسنة 1929 م ببديله الطبيعي[36]، وهو الاستدلال على عدم التلاقي بين الزوجين، معتمداً على الأسلوب نفسه المتمثل في تحديد اختصاص المحاكم الشرعية. فمنعت المحاكم من سماع دعوى الأبوة عند الإنكار إذا أمكن إثبات عدم الدخول بعد العقد، أو إثبات أن الولد المتنازع في أمره قد أتت به الزوجة بعد انقضاء عام كامل من تاريخ آخر لقاء بينها وبين الزوج.

وقد صدرت كذلك في شبه القارة الهندية تعديلات معينة لأحكام المذهب الحنفي التقليدية المتعلقة بالنسب، وإن بدت بالنظر إلى أسسها الفقهية من جهة وإلى طبيعتها الخاصة من جهة أخرى مخالفة تماماً لتلك التجديدات المصرية. فقد استقرت الأحكام القضائية في شبه القارة على العمل بقانون الإثبات الهندي الصادر في سنة 1872 م [1289 هـ] بدلاً من الأحكام الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع، ومن الطبيعي تماماً أن ترجع أحكام هذا القانون في أصلها إلى القانون الانجليزي. وفي المادة (112) منه: «أن الطفل المولود أثناء قيام الزواج الصحيح أو خلال (280) يوماً من تاريخ انقضائه يعد ولداً شرعياً للزوج، إلا إذا أمكنه إثبات عدم التلاقي بينه وبين الزوجة في فترة

(35) لعل المؤلف يشير إلى خاصية اللعان في اقتصاره على مجرد الأيمان وعدم اتساعه للبحث في الجوانب الموضوعية لاتهام الزوج زوجته بالزنا، ولعله يشير كذلك إلى التعارض بين الفقه الإسلامي والقوانين الحديثة في الحكم على الزنا. والواقع أن أصل الاعتماد على يمين المتنازعين والشهود ما يزال موضع التطبيق في المحاكم العلمانية الحديثة، فاللعان من هذه الزاوية لا يتعارض كلية مع مفاهيم الإثبات الحديثة. ومن ناحية أخرى فإن الإسلام الذي جرم الزنا ووضع له عقوبات جسيمة، حفظاً لطهارة المجتمع المسلم، قد احتاط في إثبات هذه العقوبة، وحرم التعرض لأعراض الأبرياء بإقامة عقوبة القذف، فشرع اللعان تخفيفاً عن الزوج الذي قد يضطر إلى توجيه تهمة الزنا لزوجته، دون أن يستطيع إثبات هذه التهمة بالشهود الأربعة. ولذا يكتسب اللعان أهميته الخاصة في إطار تلك القواعد الشرعية التي تغيت الحفاظ على أعراض الناس وأنسابهم. واعترافاً بهذه الأهمية فقد أخذ مشروع القانون الموحد الذي أعدته لجنة خاصة من كبار العلماء أيام الوحدة بين مصر وسوريا بأسلوب اللعان بين الزوجين لنفي النسب.

(36) عدم التلاقي بين الزوجين ليس بديلاً للعان، فقد أخذ المالكية والشافعية والحنابلة بعدم التلاقي أساساً لنفي النسب دون أن يمنعهم ذلك من الأخذ باللعان في ظروف أخرى. وقطعاً لم يرد بخاطر اللجنة التي أعدت قانون 1929 أية رغبة لاستبعاد اللعان.

احتمال علوقها بهذا الطفل». ويتميز هذا القانون عن المقررات الفقهية وعما أخذت به مصر منها في أنه يقضي بإلحاق الولد بالزوج إذا أتت به الزوجة خلال الشهور الستة الأولى من قيام الزواج، وفي أنه يحكم على الزوج بأبوة الولد الذي أتت به الزوجة خلال (280) يوماً من تاريخ انقضاء الزواج أو بنفيها عنه طبقاً لمعايير الإثبات المألوفة في القانون الانجليزي.

وبرغم أن الترتيبات الادارية التي أخذت بها منطقة الشرق الأوسط تعد في أساسها أحكاماً تتعلق بالقانون الاجرائي فقد جرى الاعتماد عليها لمعارضة الأحكام الفقهية الموضوعية في مسألة زواج الصغار[37]. إذ تضمن قانون إجراءات المحاكم الشرعية الصادر في مصر سنة 1931 تأكيد الأحكام المطبقة في هذا الشأن قبل ذلك، حيث نص على أنه لا تسمع المحاكم دعوى الزوجية عند الإنكار ما لم تكن هذه الدعوى ثابتة بوثيقة زواج رسمية، وقد منعت الأحكام السائدة المأذونين من إصدار مثل هذه الوثيقة إذا كانت سن الزوجة أقل من (16) عاماً والولد أقل من (18) عاماً عند التعاقد على الزواج. ولا تسمع دعوى الزوجية مطلقاً ـ ولو لم ينكرها الطرف الآخر ـ إذا كان سن أحد الزوجين وقت التقاضي أقل من هذه السن المشار إليها [38].

---

(37) أثبت فقهاء المذاهب ولاية الإجبار في زواج الصغار؛ فيحق للولي بمقتضى هذه الولاية إجبار الصغير أو الصغيرة على الزواج. غير أن المذاهب المختلفة قد تباعدت في تحديد الولي الذي يثبت له هذا الحق. فالمالكية على أن هذا الحق ليس إلا للأب أو وصيه (حاشية الدسوقي: 224/2)، ومعهم الحنابلة في ذلك، أما الشافعية فقد أعطوا هذا الحق للجد أيضاً (المهذب: 37/2)، وتوسع الأحناف في ولاية الإجبار فأجازوا لسائر العصبات تزويج الصغار. غير أن الفقه قد سجل آراء أخرى تمنع الأولياء من زواج الصغار مطلقاً، استناداً إلى قوله تعالى في سورة النساء آية رقم: 6 ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح﴾ أي سن النكاح وهو البلوغ، وأجازها ابن حزم في حق الصغيرة لا الصغير، انظر في ذلك: فتح الباري لابن حجر 95/11 والمحلي لابن حزم 458/6 والمغني لابن قدامة 50/7 نشر مكتبة القاهرة 1389 هـ(38)

(38) يشير بذلك إلى قانون رقم 56 لسنة 1923 م الذي نص على المنع من سماع دعوى الزوجية مطلقاً إذا كانت سن الزوجين أو سن أحدهما وقت العقد أقل من ست عشرة سنة للزوجة وثماني عشرة للزوج، سواء كانت منها كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد. غير أن قانون رقم 78 لسنة 1931 م قد يسر على الناس بتجويزه سماع دعوى الزوجية إذا بلغت سن الزوجية الحد القانوني وقت رفع الدعوى، وإن كان ضيق عليهم من جهة أخرى بالمنع من سماع دعوى الزوجية إذا لم تكن مؤيدة بوثيقة رسمية، ويمنع المأذون من توثيق العقد واستخراج شهادة به إذا لم يستوف الزوجان السن القانونية عند عقد العقد.

وتنال هذه الأحكام من حقوق الأولياء الثابتة في المذاهب الفقهية جميعها على نحو موضوعي والمتمثلة في أن لهم تزويج القاصرين، ولو كانت أعمارهم صغيرة، حيث إن تزويج من قلت سنه عن الحد الذي عينته هذه الأحكام لن يحظى بحماية القانون. غير أن الحكم الفقهي الموضوعي بقي كما هو من الناحية النظرية، فما يزال تزويج الصغار صحيحاً تماماً من الناحية الشرعية. وقد بدا هذا الأسلوب الإجرائي غير المباشر - إزاء رسوخ قاعدة التقليد - هو الطريق الوحيد المتاح للمجددين المصريين في هذه المرحلة للحد من زواج الصغار.

وقد نشأ في الجزائر موقف قريب الشبه من ذلك في ظل السيطرة الفرنسية، حيث حتمت اللوائح الإدارية استخراج مستند رسمي بالزواج يحرره القضاة، وقد أوجب عليهم النائب العام الفرنسي ألا يحرروا مثل هذا المستند إذا كان سن الزوجة أقل من خمسة عشر عاماً.

بيد أن التطورات التي جرت في الهند في هذا الصدد كانت ذات طبيعة مخالفة تماماً. فقد حرم تزويج البنات ما لم يبلغ عمرهن أربع عشرة سنة والأولاد ست عشرة سنة، وصار المخالف عرضة للعقوبات المنصوص عليها في قانون تقييد زواج الصغار The Child Marriage Restraint Act. الصادر سنة 1929 م. ومع ذلك فقد ظل تزويج الصغار على وجه يخالف أحكام هذا القانون صحيحاً، وإن رئي تيسير الأمر على الفتيات اللواتي زوجهن أولياؤهن أثناء صغرهن عن طريق التوسع فيما سمي «بخيار البلوغ». ففي المذهب الحنفي إنه إذا زوج الولي - سوى الأب والجد - الصغيرة كان لها الحق في فسخ هذا الزواج لدى بلوغها، ما لم توافق على استمراره. بيد أن القانون الخاص بالتفريق بين الأزواج المسلمين Dissolution of Muslem Marriages Act. الصادر سنة 1939 م [1358 هـ] قد ذهب إلى إعطائها الحق في الفسخ ولو كان الذي زوجها هو الأب أو الجد.

وينبغي ألا نبالغ في تقدير قيمة الدور الذي لعبه أسلوب تقييد اختصاص المحاكم الشرعية في تطور الأحكام الفقهية المعمول بها في الشرق الأوسط حديثاً. فقد يبدو هذا الأسلوب متسقاً مع القواعد الفقهية الإسلامية تماماً حينما يعمل كوسيلة لعلاج أوجه النقص المتعلقة بالجوانب الإجرائية البحتة. أما حين يتعدى ذلك إلى معارضة الأحكام الفقهية الموضوعية فإن صحته تغدو محلاً للتساؤل. والواقع أن حرمان بعض التصرفات من الحماية القانونية ذو أثر لا ينكر على الصعيد العملي وإن اتسم من حيث هو أسلوب للتجديد بشيء من الغلظة، نظرا لبقاء التصرف أو العلاقة التي

منعت عنها الحماية القانونية صحيحة مشروعة، كما أن هذا الأسلوب يمكن أن يفضي - فيما لو مضى لغايته الطبيعية - إلى وقف العمل بالشريعة تماماً. ومن المؤكد أنه لا يسع أكثر أنصار هذا الأسلوب حماسة في تبريره أن يعتمدوا عليه لمعارضة حقوق الزوج الثابتة ثبوتاً راسخاً، وأعني بذلك حقه في التعدد والطلاق، وهما الأمران اللذان استأثرا باهتمام المصلحين حديثاً[39]. والحق أن هذا الأسلوب قد بدأ في أعين الكثيرين تطبيقاً غير مشروع تماماً لما يتمتع به الحاكم من سلطات في تقييد ولايات المحاكم؛ فسلطاته هذه إنما قصد منها أن يقوم بتوزيع أنواع القضايا المختلفة بين محكمة وأخرى من المحاكم العديدة القائمة، لا أن يغلق أبواب المحاكم جميعها في وجه أنواع معينة من الدعاوي القائمة على أساس صحيح في نظر الأحكام الشرعية الموضوعية. ومن ثم كان من الطبيعي أن تكشف هذه الاعتبارات العملية والنظرية عن كثير من القيود التي تفرض نفسها عند محاولة تحقيق الإصلاح عن طريق الاعتماد على هذا الأسلوب.

بيد أن الفكر التشريعي الإسلامي في الشرق الأوسط كان قد بدأ يتخذ نظرة جديدة تتجنب التدخل المباشر في الأحكام الشرعية الموضوعية، خلافاً للوضع الذي ساد في شبه القارة الهندية، حيث انطوت أعمال الأجهزة القضائية على تعديلات مست الأحكام الشرعيةالموضوعية ذاتها. ورغم ذلك فقد تشترك التطورات التي جرت في هاتين المنطقتين كلتيهما والتي ناقشناها باختصار فيما سلف، في صحة إطلاق وصف «الإدارية» عليها، تمييزاً لها عن تلك التغييرات الشاملة ذات الطبيعة «الموضوعية» التي تمت تحت رعاية السلطات السياسية والتي تشكل موضوع الفصلين التاليين. غير أن هذا الفصل بين الجانبين الإداري والموضوعي فيما يتعلق بالشرق الأوسط عموماً هو في أساسه فصل تتطلبه دواعي التحليل والدراسة أكثر مما يقوم على النظر إلى الاعتبارات التاريخية، فالمحقق في الواقع التاريخي أن التطورات الإدارية لم تسبق التغييرات الموضوعية الصريحة دائماً. وأخيراً فسوف نرى فيما يتعلق بأسلوب الإصلاح الموضوعي أن هناك تباعداً لافتاً للنظر بين شبه القارة الهندية والشرق الأوسط في هذا الصدد

---

(39) لا تخفى هوية هؤلاء (المصلحين)! وأهدافهم الحقيقية التي أشار إليها الدكتور محمد بلتاجي في مواطن متفرقة من دراسته لقانون 44 الصادر في مصر سنة 1979 م، وذلك في كتابه «دراسات في الأحوال الشخصية»، مكتبة الشباب 1400 هـ - 1980 م. ويمكن الرجوع - بصفة خاصة - إلى خاتمة كتابه هذا ص 327 وما بعدها للاطلاع على الدعاوي التي تثار في موضوعي التعدد والطلاق، وأسماء بعض الكتب التي تنتصر لمثل هذه الآراء (الإصلاحية!).

أيضاً، ففي الهند نحيت الأحكام الشرعية للأسرة على نحو مباشر في مجالات معينة كي تحل محلها أحكام مستمدة من القانون الانجليزي، الأمر الذي سبقت الإشارة إلى أمثلته آنفاً. أما في الشرقين الأدنى والأوسط فقد قننت الأحكام الشرعية تقنيناً كاملاً يتفق في أغلب الأحوال مع مقررات المصادر الفقهية العربية، وإن خضع بالضرورة في الفترة الأخيرة لتأثير فرنسي ملحوظ، ومع ذلك فقد كان هناك كثير من العناء تحمله المجددون في سبيل أن تبدو إصلاحاتهم التي تضمنتها هذه التقنينات بمظهر التطبيقات المشروعة للأصول والقواعد الشرعية الثابتة. وفي إيجاز فإن الاتجاهات الحديثة لقانون الأسرة قد احتفظت في كل منطقة من هاتين المنطقتين بطابعها القانوني الخاص بها[40].

(40) نوقشت في هذا الفصل التطورات المتصلة بأساليب تطبيق الشريعة في المجتمعات الإسلامية الحديثة. فقد شهدت هذه المجتمعات إقامة أنماط جديدة من المحاكم، مرتبة ترتيباً يكاد يتفق في أكثر الأحوال مع طبيعة النظم الغربية للتقاضي وترتيب المحاكم. وأكثر من هذا أن بعض هذه المجتمعات قد شهد تعيين أعداد من القضاة الأجانب لإدارة دفة العمل في هذا النسق الجديد من المحاكم، أو في درجة معينة من التقاضي، على نحو يضمن توجيه العمل القضائي بأكمله الوجهة التي تريدها له السلطات السياسية.

وكان من الطبيعي أن تؤدي هذه الترتيبات الإدارية لتغييرات بعيدة المدى في التطبيق الواقعي للأحكام الفقهية، على نحو متفاوت في الدرجة من مجتمع إلى آخر. ففي الهند قامت المحاكم الانجليزية بخلط أحكام الفقه الإسلامي بقواعد القانون الانجليزي، الأمر الذي أسفر عن وجود مجموعة من القواعد القانونية التي تندرج تحت ما عرف «بالقانون الأنجلو إسلامي». وفي الجزائر كان تعيين القضاة الفرنسيين في محكمة الاستئناف العليا من شأنه أن يؤثر تأثيراً ولو ضئيلاً على أنشطة المحاكم الشرعية أثناءالاحتلال الفرنسي لهذا البلد المسلم.

أما في مصر فلم يحدث هذا التدخل المباشر من سلطات الاحتلال، نتيجة ظروفها السياسية والثقافية، وإن أدت الضغوط المختلفة إلى استجابة اللجان التشريعية لإحداث بعض التغييرات المحدودة الأثر. وقد وجدت هذه اللجان ـ التي يبدو أنها كانت على معرفة عميقة بأحكام الفقه الإسلامي ـ طريقها إلى التوفيق بين ما أملته هذه الضغوط وبين احترامها لأحكام الفقه في أسلوب منع المحاكم الشرعية من سماع بعض الدعاوي، كما هو الأمر في تقييد زواج الصغار والإجبار على توثيق عقد الزواج. وبرغم مشروعية المصالح والأهداف التي أرادها المقنن المصري حين اعتمد على هذا الأسلوب فإن أحداً لا يستطيع القول بوجود أساس واضح له في التطبيقات القضائية السابقة. ويتمثل أساسه الأكثر بروزاً في الحق العام للحاكم وسلطته في تخصيص ولاية المحاكم الشرعية بالزمان والمكان وبعض أنواع القضايا، كما صرحت بذلك المذكرات التوضيحية المرفقة بالقوانين التي ورد فيها تطبيق هذا الأسلوب. (انظر تعليق ص 231).

وقد تصح الانتقادات التي أوردها المؤلف على هذا الأسلوب بشكل عام، غير أنها لا ترد عليه بالنظر إلى تطبيقاته المعينة، خاصة وأن المقاصد التي تغيتها هذه التطبيقات مقاصد معتبرة شرعاً، =

ولذا فإن القول بوجوب توثيق الزواج مما لا يبعد أن يصل إليه اجتهاد مجتهد، ويصدق ذلك على المسائل الأخرى التي قيد فيها اختصاص المحاكم الشرعية.

ومع ذلك فإن هذا الاجتهاد يمثل جانباً أساسياً من جوانب المنهج الذي اعتمدت عليه التشريعات الحديثة في الاستجابة للتطورات التي شهدتها المجتمعات الإسلامية في العصر الحديث، وما يزال العمل بتطبيقاته سارياً إلى الآن.

الفصل الثالث عشر

التقليد والتجديد في الفكر التشريعي

كان الإجماع قد انعقد من الناحية النظرية على أن فقه الأسرة كما أوضحته المؤلفات الفقهية في العصور الوسطى هو وحده التعبير النهائي البالغ الحجية عن الأحكام الشرعية. وفي ظل التقليد الناتج عن هذا التصور بقيت القواعد الأساسية في هذه المؤلفات على حالها ثابتة لا تتغير، وإن جرى التوسع في تطبيقها أحياناً لتشمل ما يجد من حالات. غير أن الخلاف الفقهي كان قد تشعب فيما بين مذاهب أهل السنة المتعددة وفي داخل كل مذهب منها، وأقر الإجماع هذه الخلافات من حيث كونها تفسيرات لمقصود الشارع، كلها صحيحة ومشروعة على قدم المساواة. وقد كان الأصل المتمثل في أن التقليد يجيز بطبيعته التخير من بين هذه الآراء المتنوعة التي تضمنتها الكتب الفقهية المعتمدة هو الذي سمح بتعديل واسع النطاق للأحكام الفقهية التي كانت مطبقة في بلاد الشرق الأوسط من قبل، وهو الذي أتاح للمجددين المحدثين أن يضيفوا مغزى جديداً للخبر المنسوب إلى النبي [ﷺ]: «اختلاف أمتي رحمة»[1].

وقد عرف العالم الإسلامي من قبل بعض التجارب الهامة في اتجاه تذويب الحواجز الجغرافية التي استقر عليها توزيع المذاهب الفقهية في العصور الوسطى. إذ أسفرت العناية الرسمية للخلافة العثمانية بالمذهب الحنفي عن إقامة محاكم تطبق أحكام هذا المذهب في بعض أقاليم الدولة المنتسبة شعوبها إلى مذهب آخر. ومن ثم

---

(1) سبق تخريج هذا الحديث ص 204، وانظر كذلك تخريجه في الفكر السامي للحجوي 480/4.

خضع المتقاضون ـ الشوافع والمالكية في مصر، والمالكية في تونس والسودان ـ على نحو حتمي إلى أحكـام المذهب الحنفي. غـير أن الصراع الـذي لا بد أن سببـه مثـل هـذا الموقف لضمير الفرد فيما يتعلق بانتمائه المذهبي لم يكن ذا خطر في واقع الأمر؛ فقد تبنت المجتمعات الإسلامية مذهباً أو آخر في مسائل العبادات والشعائر، وأما في الموضوعات القانونية بمعناها الفني فقد كانت هذه المجتمعات مستعدة لقبول إقامة محاكم تطبق قواعد مذهب آخر غير الذي تبنته[2]. وقد احتفظ الفقه الحنفي بمكانته الخاصة في المناطق المذكورة حتى بعد انسلاخها عن الدولة العثمانية، فظلت المحاكم الحنفية تعمل في مصر، وانتصب قاضيان للقضاة في تونس، أحدهما حنفي والآخر مالكي، على حين حقق العمل القضائي في السودان على نحو تدريجي نوعاً من التقريب بين النظامين الحنفي والمالكي.

ولا محل للنزاع أبداً ـ من الناحية النظرية ـ حول حق المسلم في أن يحتكم إلى فقه مذهبه[3]، وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية. ونظراً لازدياد دواعي الاختلاط بين الشعوب الإسلامية في الأزمنة الحديثة فقد كان من الطبيعي أن يكتسب هذا الأصل مزيداً من الأهمية، وألا تجد المحاكم التي تدين بالولاء لمذهب معين ـ تبعاً لذلك ـ أية غضاضة في العمل بمذهب آخر، طبقاً للمذهب الخاص بالمتنازعين، ولفتوى علماء هذا المذهب الذين قد ترجع إليهم تلك المحاكم. وأكثر من هذا أن النظر التقليدي يجيز للمسلم أن يغير مذهبه حسب رغبته الخاصة[4]. وهو الأمر الذي اعترفت به محكمة هندية في قضية جرت بمدينة «بومباي» سنة 1864 م [1281 هـ] بين

---

(2) بناء على تلك القاعدة الأصولية التي تقرر حق الحاكم ـ بكونه مجتهدا ـ في الترجيح بين الآراء المختلفة في مواطن الاجتهاد، وتعيين أي منها للعمل به. انظر في ذلك: المستصفي للغزالي مع مسلم الثبوت: 370/2 وينازع الماوردي في حق الحاكم تقييد حكم القاضي بمذهب معين. الأحكام السلطانية ص 68.

(3) يجب تقييد هذا الحكم بأن يكون ذلك في غير أحوال النزاع والتقاضي. أما في هذه الأحوال فإن على القاضي أن يحكم بما يراه هو موافقاً للدليل إن كان مجتهداً، وهذا هو الواجب لدى جمهور العلماء. فإن كان مقلداً قام قول الإمام الذي يقلده بمنزلة الدليل بالنسبة للمجتهد.

(4) اختلف الأصوليون في جواز انتقال المقلد عن مذهب إمامه الذي التزم بتقليده، كما ذكره الشوكاني في إرشاد الفحول ص 272، بعد أن اختلفوا في مسألة وجوب الزام العامي باتباع مذهب معين أولاً. والأوفق للأصول أن للمقلد الانتقال من مذهب إلى آخر (انظر فتح القدير 457/5). غير أن ذلك لا يؤثر شيئاً بالنسبة للواجب على القاضي، فواجبه اتباع الدليل الذي يراه، لا الحكم بما يراه المتقاضيان.

محمد إبراهيم وغلام أحمد. فقد ذهبت هذه المحكمة إلى صحة زواج فتاة نشأت شافعية وتزوجت دون موافقة أبيها، على أساس تأكيد الفتاة نفسها بأنها كانت تحولت إلى المذهب الحنفي، وأنها تزوجت طبقاً لما يقضي به هذا المذهب، الذي يجيز ـ وحده كما سبق أن ذكرنا ـ للمرأة البالغة تزويج نفسها دون إذن وليها. وكان العمل القضائي في «زنزبار» حتى عهد قريب يتوسع في الاعتراف بحق المتقاضي المسلم في أن يتجنب حكماً لا يناسبه مما يتضمنه المذهب الذي ينتمي إليه، وإن كان ذلك من وجهة النظر المحافظة أمراً غير مشروع تماماً. ففي الفقه الإباضي (والإباضية هم الفرع الباقي من الخوارج) يصح للزوجة الحصول على فسخ زواجها لقسوة الزوج وسوء عشرته، بينما لا يتيح الفقه الشافعي للزوجة أي علاج في مثل هذه الظروف سوى نوع من الحكم بإبعاد الزوج عنها والحيلولة بينهما فترة محدودة[5]. ولذا فإن الزوجات الشافعيات كن يلجأن لفسخ مثل هذا الزواج إلى حيلة يسيرة تتمثل في رفع طلب التفريق إلى القاضي الإباضي. ولكننا نلاحظ فيما يتعلق بالمذاهب السنية الأربعة ـ على كل حال ـ أن الظروف الحديثة قد أدت إلى قيام وعي متزايد بأحكامها المتنوعة وإلى اعتراف المحاكم الشرعية بحجية تلك الأحكام على قدم المساواة.

وينبغي دراسة الأنشطة التشريعية الحديثة لبلاد الشرق الأوسط في إطار ما تقدم من زيادة الاحتكاك والألفة بين هذه المذاهب المختلفة في العمل القضائي. ففي سنة 1915 م [1334 هـ] تقرر الأصل المتمثل في جواز توجيه المحاكم الشرعية توجيهاً له صفة العموم كي تقوم بتطبيق رأي مذهب آخر سوى المذهب الذي التزمت هذه المحاكم بتطبيقه على نحو تقليدي، حيث صدرت في هذا التاريخ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السودانية وإجراءاتها، متضمنة في مادتها الثالثة والخمسين أن لقاضي القضاة الحق في إصدار منشورات أو مذكرات قضائية توجب العمل ببعض الأحكام المستمدة من مذهب آخر غير المذهب الحنفي المعتمد أساساً. غير أن التشريعات العثمانية الصادرة سنة 1915 م [1334 هـ] و 1917 م [1336 هـ] هي التي حازت السبق في هذا

(5) يعبر الغزالي عن هذا الرأي الذي يشير إليه المؤلف بقوله فيما إذا وقع الشقاق بين الزوجين نتيجة سوء خلق الزوج «أن يحال بينهما حتى يعود إلى العدل، ولا يعتمد قوله في العدل، وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن» الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: 96/2 ونهاية المحتاج: 384/6.
وهناك في المذهب آراء أخرى؛ فأبو إسحاق الشيرازي يذهب إلى أنه «إذا ادعى كل واحد منهما النشوز على الآخر أسكنها الحاكم إلى جنب ثقة، ليعرف الظالم منهما فيمنع من الظلم، فإن بلغا إلى الشتم والضرب بعث الحاكم حكمين للإصلاح أو التفريق. لأنه وقع الشقاق واشتبه الظالم منهما فجاز التفريق بينهما من غير رضاهما، كما لو قذفها وتلاعنا». المهذب: 70/2.

الاتجاه التجديدي، ووضعت المثال الذي احتذته فيما بعد بلاد الشرق العربي بوجه عام. وقد قننت أحكام الأسرة ـ أو جانبها الموضوعي ـ استناداً إلى الأساس الفقهي المتمثل في أن للحاكم الحق بمقتضى سلطاته السياسية المعترف بها أن يحدد ولاية المحاكم الشرعية، بمعنى أن له أن يوجب عليها تطبيق رأي معين من بين الآراء المتنوعة العديدة القائمة(6). وتضم هذه التقنينات أيضاً بعض التنظيمات المماثلة للتراتيب التي ناقشناها من قبل والتي تضع قيوداً إجرائية تحد من اختصاص المحاكم؛ غير أن القدر الغالب منها يتألف من هذه الأحكام المنتقاة من مجموع الآراء التي انطوى عليها التراث الفقهي في مجموعه، والمختارة من بينها لكونها أصلح للتطبيق في العصر الحديث.

وهذا في الواقع هو الأسلوب الثاني للتجديد التشريعي المعتمد على قوة إلزام السلطات السياسية، وإن كان أكثر أهمية من سابقه بكثير. و«التخير»(7)، هو الاصطلاح العربي العام لمزاولة الانتقاء من مجموع التراث الفقهي على هذا النحو. وإذا صرفنا النظر عن أسلوب الاختيار الضيق من بين الآراء المتعددة داخل المذهب الحنفي وحده، الذي سلكته مجلة الأحكام العثمانية، فسنرى أن العمل بمبدأ «التخير» قد اتخذ أساليب ثلاثة متميزة، يصح اعتبارها بوجه عام مراحل متسلسلة زمنياً في تطوره.

[1] لقد كانت الخطوة الأولى والطبيعيةهي الأخذ بالرأي الأرجح في أي من المذاهب السنية الثلاثة بدلاً من المذهب الحنفي السائد قضائياً. ولعل مسألة

(6) هذا الأساس في عبارة القرافي: حكم الحاكم في مسائل الاجتهاد يرفع الخلاف ويرجع المخالف عن مذهبه لمذهب الحاكم وتتغير فتياه بعد الحكم عما كانت عليه على القول الصحيح من مذاهب العلماء»، الفروق 103/2. ويضع هذا الأساس الأصل المتمثل في وجوب نزول المتقاضي على حكم قاضيه حتى لو كان هذا الحكم مخالفاً للمذهب الذي يقلده هذا المتقاضي.

(7) ناقش الشاطبي موضوع التخييروأسسه التي يقوم عليها والنتائج المترتبة عليه، وأوضح حكمه الذي يتلخص في أن الشريعة ترجع إلى قول واحد، وأنه ليس للمقلد أن يتخير في الخلاف، أما المجتهد فله أن يتخير «بشرط أن يكون تخييره في العمل بأحد الدليلين قاصداً لمقتضى الدليل في العمل المذكور، لا قاصداً لاتباع هواه فيه، ولا لمقتضى التخيير على الجملة، فإن التخيير الذي هو معنى الإباحة مفقود ههنا، واتباع الهوى ممنوع فلا بد من هذا القصد»، الموافقات 135/4.

غير أن العمل بالتخير مما لم تنفرد به التقنينات الحديثة، وبعبارة الشاطبي في الموضع ذاته أنه قد «وجد في الأزمنة السالفة فضلاً عن زماننا، كما وجد فيه تتبع رخص المذاهب اتباعاً للغرض والشهوة، وذلك فيما لا يتعلق به فصل قضية وفيما يتعلق به ذلك» أي في الأحكام التي لا تتبع التقاضي، وتتصل بما بين الإنسان وبين نفسه في عبادته وعادته، أو في الأحكام التي تتعلق بالتقاضي.

الفرقة ـ وخاصة ما استند منها إلى طلب الزوجة ـ تزودنا بمثال واضح لذلك؛ حيث كانت البلاد الحنفية قد أحست بأن إصلاح الأحكام المعمول بها في هذا الموضوع أمر ملح بصفة خاصة، وحيث قد أمكن تحقيق هذا الإصلاح فعلاً بالاعتماد على أسلوب «التخير». ذلك أن المذهب الحنفي لا يتيح للزوجة التوصل إلى حكم قضائي يفسخ زواجها إلا إذا ثبت عجز الزوج عن معاشرتها[8]؛ كما أنها لا تستطيع الحصول على الفسخ بناء على الوفاة الحكمية لزوجها المفقود إلا إذا مرت فترة ـ منذ فقده ـ يبلغ بها عمره تسعة وتسعين عاماً. وهي لا تستطيع ـ فيما عدا ذلك ـ الخلاص من اقتران يضر بها إلا عن طريق سعيها إلى عقد اتفاق مع الزوج على الطلاق. ذلك على حين أن المذاهب الأخرى ـ وبخاصة مذهب المالكية الذين كانوا أكثر تحرراً في هذا الشأن ـ قد أجازت للزوجة المطالبة بالفرقة على أساس سوء عشرة الزوج أو رفضه الإنفاق عليها، أو عجزه عنه، أو هجره لها، أو إصابته بعيب مستحكم تتضرر معه الزوجة من استمرار العلاقة الزوجية بينهما.

وفي ضوء ذلك كله فإن المحاولة العظيمة الأولى لإصلاح الأحكام التقليدية للأسرة، تلك التي تتمثل في قانون حقوق الأسرة العثماني الصادر سنة 1917 م [1336 هـ]، قد أتاحت للزوجة المطالبة بفسخ الزواج قضائياً في حال إصابة الزوج بعلة مستحكمة أو إذا كان غاب عنها دون أن يقوم بالإنفاق عليها. ويعتبر المذهب المالكي الأساس لما أخذ به ذلك القانون في التفريق للسبب الأول[9] والمذهب الحنبلي هو أساسه في التفريق للسبب الآخر. بيد أن مصر قد تجاوزت ذلك إلى تبني أحكام المذهب المالكي على نحو أكثر اكتمالاً في أحكام التفريق التي تضمنها قانون 1920 و 1929؛ حيث اشتملا على نصوص تقضي بجواز التفريق في حال عدم قيام الزوج بالإنفاق على الزوجة وهو حاضر، وهو الأمر الذي قبله المالكية خلافاً للحنابلة، كما

(8) انظر في ذلك أيضاً الأحوال الشخصية للمرحوم محمد أبو زهرة ص 405، وفتح القدير: 262/3 وما بعدها.

(9) للاطلاع على رأي المالكية انظر ـ مثلاً ـ الدسوقي على الشرح الكبير 277/2. وأنواع العيوب التي يفرق بها في المذهب المالكي ثلاثة عشر نوعاً، أربعة يشتركان فيها، وهي الجنون والجذام والبرص والعذيطة وأربعة خاصة بالرجل وهي الجب والعنة والخصاء والاعتراض، وخمسة خاصة بالمرأة وهي الرتق والقرن والعفل والإفضاء والبخر. ولا يعتبر غير هذه العيوب مما يعد عيباً في العرف سبباً للفرقة إلا بالاشتراط. الرجع نفسه 280/2. ولا ينفرد المالكية بذلك فيكاد يتفق الشافعية والحنابلة معهم في هذا الصدد. انظر: مغني المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج: 202/3، والمغني لابن قدامة: 185/7 نشر مكتبة القاهرة 1369 هـ.

اشتملا على الحكم بالتفريق قضائياً لأمر آخر هو غيبة الزوج المستمرة لمدة عام واحد وإن كان له مال حاضر يفي بنفقة الزوجة[10].

ولئن كان التقنين المصري في هذا الشأن مالكي الاتجاه فيما هو الغالب عليه فإنه قد أخذ مع ذلك ببعض آراء المذاهب الأخرى. فنراه ـ أولاً ـ يعتبر أن غيبة الزوج لعذر معقول ـ كاضطراره لذلك بسبب العمل ـ يصلح دفعاً مقبولاً لطلب الزوجة التفريق بسبب هذه الغيبة. وهذا في الحقيقة هو الحكم المعمول به في المذهب الحنبلي. أما المذهب المالكي فقد استبعد أسباب غيبة الزوج من التقدير القضائي، سواء بدت معقولة أو لا. ومن الجدير بالملاحظة أن السودان قد تابع المذهب المالكي في هذا الصدد على نحو أكثر التزاماً، حيث أجاز المنشور القضائي الصادر سنة 1916 م [1335 هـ] التفريق لغيبة الزوج مدة عام فأكثر، مهما كان دافعه إليها، بشرط واحد هو أن تؤكد الزوجة خوفها من الوقوع في ارتكاب المحظور، نتيجة بقائها بعيدة عن زوجها.

ونجد ـ ثانياً ـ أن القانون المصري قد خالف جزئياً الرأي المالكي فيما يتعلق بطلب الزوجة التفريق على أساس اتهامها للزوج بسوء العشرة. فحينما تثبت الزوجة هذا الاتهام فإن المحكمة تحكم بالتفريق مباشرة، أما إذا لم يمكن إثباته، واتضح مع ذلك وجود شقاق بين الزوجين، فيتعين إقامة حكمين من أهليهما، وإذا لم تكلل مساعي الحكمين في الصلح بينهما بالنجاح فعليهما الحكم للزوجة بالتفريق إذا وجدا أن السبب الأصلي في الشقاق يعود إلى الزوج. وإلى هنا يتفق ما أخذ به القانون المصري مع المذهب المالكي. أما حين يجد الحكمان أن مرجع اللوم في هذا الشقاق إلى الزوجة على نحو واضح فإن الفقه المالكي يخولها الحق في فرض ذلك النوع من التفريق الذي يعرف بالخلع، حيث تلتزم الزوجة بدفع عوض مالي، يكون عادة هو المهر أو جزءاً منه، نظير إطلاق سراحها. بيد أن القانون المصري لم يخول الحكمين هذا الحق مستنداً إلى رأي الفقيه المالكي ابن رشد[11]، ولعله آثر هذا الرأي لأن غاية واضعيه كانت هي

---

(10) انظر ذلك في كتاب «الأحوال الشخصية» للمرحوم محمد أبو زهرة ص 427.

(11) بل تذكر كتب المالكية أن الزواج على المرأة لا يعد ضرراً يعطي الزوجة حق التفريق؛ انظر تبصرة الحكام لابن فرحون 195/2، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل: 17/4، وحاشية الدسوقي 345/2، وتقريرات الشيخ محمد عليش على الشرح المذكور المطبوع بهامش الحاشية المذكورة: 345/2 أيضاً. والمنصوص عليه في هذه المواضع أن للزوجة التطليق بالضرر كهجرها، لا بمنعها من حَمَّامٍ وفُرْجة. . أو تَسَرٍّ أو تزوج عليها» فادعاء الأصل المالكي لهذا الحكم ادعاء غير صحيح.

مد يد العون إلى المظلومات من الزوجات، لا إلى الأزواج الذين قد يفي حقهم المقرر في إيقاع الطلاق بالعلاج في مثل هذه الظروف.

ويشبه ذلك من الناحية الموضوعية هذه الإصلاحات التي أخذت بها شبه القارة الهندية في مجال أحكام الفرقة، والتي تضمنها «قانون إنهاء زواج المسلمين The Dissolution of Muslem Marriages Act.» الصادر سنة 1939 م [1358 هـ].

غير أن هذا القانون لا يمكن اعتباره مجرد أخذ برأي المذهب المالكي أو غيره بدلاً من المذهب الحنفي السائد، على غرار القانون المصري وسائر القوانين الصادرة بعده في منطقة الشرق الأوسط. نعم، لقد زعم واضعوا القانون الهندي أنهم استندوا فيه إلى ما أخذ به المالكية، كما أن هذا القانون في واقع الأمر أكثر متابعة للمذهب المالكي من نظيره المصري في مسألة واحدة في الأقل، فقد أخذ بأن للزوجة الحصول على حكم بالتفريق لسوء عشرة الزوج في حال زواجه بغيرها ومجافاته العدالة في معاملته إياها، وهو الأمر الذي نصت عليه المصادر المالكية واعتبرته منشئاً للضرر(12). غير أن هذا القانون قد اشتمل على بعض الأحكام التي تناقض الفقه الإسلامي كله برغم أنها تبدو أكثر ملاءمة للظروف الحديثة، كالحكم بأن ردة الزوجة المسلمة لا تستتبع بذاتها فسخ الزواج. وتشتمل كذلك بعض أحكامه الأخرى على تعديلات واضحة للقواعد المالكية الأساسية، كاشتراطه أن يستمر امتناع الزوج عن الإنفاق مدة عامين، وأن يستمر غيابه عنها وعدم أدائه لواجباته الزوجية إلى ثلاثة أعوام، كي يصح للزوجة طلب التفريق لأي من هذين السببين. بل إن هذا القانون قد تجاهل تماماً الجوانب الإجرائية التي قد تتيح للزوجة ـ طبقاً لما أخذ به المالكية ـ الحصول على حقها في الفرقة لأحد الأسباب السابقة، فأغفل تلك الأحكام الخاصة بالحكمين في أحوال اتهام الزوج بسوء العشرة، وتبنى ـ أيضاً ـ شكلاً معيناً للتفريق بين الزوجين، حيث اعتبره «فسخاً» بدلاً من عده «تطليقاً» قضائياً، حسبما ذهب إليه المذهب المالكي وتبناه القانون المصري.

وينطوي التمييز بين هذين النوعين من الأحكام القضائية على مغزى خاص فيما يتعلق بالتفريق لامتناع الزوج عن الإنفاق؛ ففي قانون «إنهاء زواج المسلمين» ينتج الحكم بالفسخ على هذا الأساس حل عقدة الزواج نهائياً، على حين يسفر «التطليق»

---

(12) يتفق هذا الحكم بشدة مع ما كان من اتجاه حكومة الاحتلال إلى تشجيع النشاط التبشيري وتيسير الأمر على الذين يقعون في شباك هذا النشاط بالإبقاء على روابطهم العائلية، فهل هذا هو نوع التلاؤم مع الظروف الحديثة؟

القضائي الذي أخذ به المالكية واختاره القانون المصري عن تطليقة واحدة رجعية[13]، لا تصير بائنة إلا بعد انقضاء العدة التي يمكن للزوج خلالها مراجعة زوجته إذا أثبت استعداده للإنفاق على زوجته. ولما كان القانون المصري قد أخذ برأي الشافعية في تحديد معيار النفقة الواجبة للزوجة على أساس الوضع المالي الخاص بالزوج فمعنى ذلك أنه لو أثبت استعداده للوفاء بضرورات المعيشة وحدها لأمكنه ـ في ظل هذا القانون ـ وقف أثر التطليق القضائي المحكوم به بسبب الامتناع عن الإنفاق[14].

والمثال الثاني للأسلوب الأول من أساليب «التخير» الذي مارسته بلاد الشرق الأوسط والذي يتمثل في العدول عن مذهب الاحناف إلى الرأي الأرجح في مذهب آخر ـ هو هنا المذهب الحنبلي ـ إنما يتعلق بحق الزوجين في تنظيم شؤون علاقتهما الزوجية عن طريق اشتراط شروط خاصة في عقد الزواج نفسه. ويعد الأخذ بما رآه الحنابلة في هذا الصدد معلماً هاماً للتشريعات الحديثة في منطقة الشرق الأوسط. وليس يخلو من مفارقة أن أحكام هذا المذهب، المعروف في النظرة التقليدية بجموده وتشدده والذي لم يظفر في تاريخه بأي انتشار واسع النطاق ـ هي التي صارت تعد الآن بحق أكثر ملاءمة لتنظيم حياة عدد كبير من المسلمين الأحناف. ومن جهة أخرى فإن نظرة الأحناف والشافعية والمالكية إلى الشروط في عقود الزواج تتسق بشكل طبيعي مع نظريتهم الأساسية في العقود[15] بوجه عام، والتي تتضمن أن الآثار الناتجة عن أية علاقة تعاقدية هي محددة سلفاً في الشرع من حيث الحقوق والواجبات الناشئة عنها، فلا تخضع تلك الآثار للتعديل حسب إرادة المتعاقدين. وطبقاً لذلك فإنما تكون الشروط صحيحة نافذة إذا كانت تفيد دعم آثار العقد المحددة في الشرع.

ويعني تطبيق هذا الأصل في تلك المذاهب على عقود الزواج أن أي اشتراطات

---

(13) التفريق لعدم الإنفاق يحتسب طلقة واحدة رجعية فيما رآه فقهاء المالكية. انظر حاشية الدسوقي 519/2. وتنص على ذلك المادة السادسة من قانون 1920، فقد جاء فيها أن «تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً، وللزوج أن يراجع زوجته إذا أثبت يساره واستعد للإنفاق في أثناء العدة، فإن لم يثبت يساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة».

(14) انظر ما أخذ به القانون المصري في التطليق لعدم الإنفاق في كتاب «الأحوال الشخصية للمرحوم محمد أبو زهرة ص 504 وما بعدها، وكذلك «الأحوال الشخصية» للأستاذ أحمد الحصري ص 670 وما بعدها، طبعة 1387 هـ، وهو بحث جيد في المقارنة بين المذاهب المختلفة.

(15) للمقارنة بين مواقف المذاهب المختلفة من الشروط في العقود انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور عبد الرزاق السنهوري 1000/3 - 175 والمراجع المثبتة في هذا البحث.

تعد منافية لجوهر الزواج، كاشتراط تأقيته بوقت معين، من شأنها أن تجعل العقد نفسه باطلاً تماماً، على حين أن أي شرط يتضمن نقضاً أو تعديلاً في الحقوق الثابتة لأطراف العقد ـ كحقوق الزوجة في المهر والنفقة وحقوق الزوج في طاعة زوجته له واتخاذ ثلاث زوجات غيرها وتطليقها بإرادته الخاصة ـ يعد في ذاته فاسداً ولاغياً كأن لم يكن، كي يبقى العقد نفسه صحيحاً. أما الشروط التي تتضمن تأكيد هذا الإطار المحكم لعلاقة الزوجية فهي صحيحة، كاشتراط مقدار مسمى في المهر[16]. وعلى العكس من ذلك فقد قطع المذهب الحنبلي شوطاً بعيداً في اتجاه الأخذ بمبدأ الحرية الفردية لتنظيم العلاقات التعاقدية. وكان ذلك نتيجة السمات المميزة للتفكير الأصولي الحنبلي في تطوره الأول؛ فقد أدى أخذ علماء هذا المذهب الباكرين بأن نصوص الوحي الإلهي المقبولة هي التي تتألف منها الأدلة الصحيحة للأحكام الشرعية إلى إضفاء تأكيد بالغ على المضامين الواضحة (للتوجيه القرآني[17]) «المسلمون على شروطهم». ولذا فالأمر طبقاً لما رآه الحنابلة أن أي شرط يدرجه الزوجان ضمن عقد زواجهما سيعد صحيحاً ونافذاً ما لم يتعلق هذا الاتفاق بشيء حرمه الشرع صراحة، أو بما ينافي مبنى الزواج على نحو واضح. ورغم أن هذه الصيغة تمنع من اشتراطات معينة كتأقيت النكاح بوقت محدد فإنها تجيز خلافاً لما أخذت به المذاهب الأخرى تلك الاشتراطات التي تعدل في حقوق الزوجين وواجباتها المألوفة، وبخاصة ما يرد منها لمصلحة الزوجة وتأمين مركزها؛ فليس من قبيل ما هو محرم صراحة أو ضمناً ولا مما ينافي مبنى الزواج أن يلتزم الزوج بأن تكون له زوجة واحدة، أو بألا يجبر الزوجة على الإقامة في مكان لا تريده، أو باحتفاظ الزوجة بحريتها في القيام ببعض الأنشطة الاجتماعية أو المهنية. ولذا فالشروط التي ترد بهذا المعنى صحيحة ونافذة طبقاً لما أخذ به الحنابلة.

وحيث كان هدف المجددين الأساسي في الشرق الأوسط هو تحسين الوضع القانوني للمرأة فقد انطوى النظر الحنبلي هنا على جاذبية خاصة لا يمكن إنكارها، فتبنته لذلك بدرجات متفاوتة معظم البلاد العربية. وفي ظل قانون حقوق الأسرة العثماني الصادر سنة 1917 م [1336 هـ] كانت الشروط الواردة ضد اتخاذ الزوج زوجة ثانية

(16) راجع موضوع الشروط المقترنة بعقد الزواج وآراء المذاهب في: «الأحوال الشخصية» للمرحوم محمد أبو زهرة ص 179 وما بعدها، وأحكام الأسرة للدكتور محمد بلتاجي ص 183 وما بعدها.

(17) ليس ذلك نصاً قرآنياً وإنما هو حديث عن النبي ﷺ، ولو رجع المؤلف إلى كتاب أستاذه «شاخت». . The Origins ص 181 لعرف ذلك بيسر وسهولة؛ فقد ذكر شاخت ترجمة هذا النص إلى الانجليزية بالكلمات ذاتها التي ترجمه بها المؤلف، ووضع إلى جواره نصه العربي بحروف لاتينية.

هي التي اعتبرت صحيحة أخذاً بهذا الأصل الحنبلي. وينطبق ذلك على قانون الأحوال الشخصية المغربي الصادر سنة 1958 م [1378 هـ] وقد ظهرت في مصر سنة 1926 م [1345 هـ] بعض الاقتراحات الداعية إلى تطبيق المذهب الحنبلي على نطاق واسع للإفادة منه في تقييد حق الزوج لا في التعدد فقط، بل وفي قوامته العامة على الزوجة كذلك. غير أن هذه المقترحات لم توضع موضع التطبيق القانوني. وقد نص قانون حقوق الأسرة الأردني الصادر سنة 1951 م [1371 هـ] على أن أي شرط يتضمن نفعاً لأحد الطرفين يعد صحيحاً، على حين أن قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة 1953 م قد تضمن على وجه التعيين بعض الشروط المقيدة لحرية الزوج في بعض الأمور التي أباحها له الشرع. والموقف الذي تبناه أحدث قوانين الأحوال الشخصية صدوراً في الشرق الأوسط ـ أعني القانون العراقي الصادر في 30 من ديسمبر سنة 1959 م [1379 هـ] ـ يشبه الموقف السوري إلى حد كبير، وإن كان النص الغامض للمادة المتعلقة بالموضوع يعطي المحكمة مجالاً كبيراً للتأويل(٢). وفي كل هذه القوانين المتابعة للمذهب الحنبلي فإن الشروط التي تتضمن مصلحة للزوجة تعد من الناحية القانونية ملزمة، لا بمعنى إجبار الزوج على الوفاء بها عن طريق حكم يحرم عليه مخالفتها، بل بمعنى أن هذه المخالفة تشكل انتهاكاً خطيراً للعقد من شأنه أن يحل الزوجة من التزاماتها الواجبة عليها طبقاً للعقد، ويتيح لها الحق في رفع دعوى لفسخ الزواج.

ومما تجدر ملاحظته في هذا الصدد أن محاكم شبه القارة الهندية قد اعترفت بصحة الشروط المقترنة بعقود الزواج بين المسلمين «إذا كانت معقولة ولا تنافي نصوص أحكام القانون أو روحه العامة»، مما قصد به فيما يبدو معظم الشروط المقيدة لحق الزوج في ممارسة سلطاته التقليدية(ن). غير أن هذا الوضع إنما نشأ من الميل الطبيعي لدى القضاة ورجال القانون ـ الذين كانوا متشبعين بمبادىء القانون الانجليزي ـ إلى إنفاذ هذه الشروط وإطراح الأحكام المتشددة للمذهب الحنفي في هذا الصدد. ولم يكن ذلك قطعاً نتيجة محاولة عمدية للأخذ بأحكام المذهب الحنبلي، كما هو الحال في بلدان الشرق الأوسط.

ولعل المثال الأخير الذي نقدمه فيما يلي لأسلوب «التخير» الأول ذو أهمية خاصة، من حيث كان الهدف منه هو تقليل المشاق التي عانى منها الأزواج لا الزوجات كما هو الاتجاه العام للتشريعات الحديثة. فمن المعروف أن على المطلقات من غير الحوامل أن يتربصن بأنفسهن مدة العدة التي تستغرق ثلاثة قروء، يحق لهن أثناءها النفقة على

أزواجهن السابقين. وقد رأى المذهب الحنفي أن المطلقة المعتدة بالقروء التي انقطعت دورتها الشهرية عن وقتها المعتاد قبل تمام القروء الثلاثة بقرء أو اثنين تستمر في العدة حتى تتم هذه القروء الثلاثة، أو تبلغ سن اليأس المقدر بخمسة وخمسين عاماً، حيث تعتد حينئذ بمضي ثلاثة أشهر أخرى[18]. ويعد هذا الحكم بصفة خاصة مثالاً مؤسفاً يلفت النظر لاتجاه[19] فقهاء العصور الوسطى إلى الإصرار على التقيد الآلي في كل الأحوال بحرفية الحكم الفقهي (وهو في تلك الحالة وجوب إتمام ثلاث دورات شهرية) وإلى الإهمال الكامل للهدف الذي وضع هذا الحكم لتحقيقه (وهو هنا التحقق من وجود الحمل أو انتفائه). ونتيجة لذلك استطاعت الزوجات العابثات الحصول على النفقة من أزواجهن آماداً طويلة بمجرد ادعائهن عدم استكمال القروء الثلاثة. ومنعاً لهذا التحايل تبني قانون حقوق الأسرة العثماني الصادر سنة 1917 م [1336 هـ] الحكم المالكي القاضي بأن عدة مثل هذه المطلقة تنتهي بانقضاء مدة الحمل العادية (تسعة أشهر) مضافة إلى ثلاثة أشهر أخرى هي عدة المطلقة اليائسة من الحيض[20]. بيد أن هذا القانون قد اقتصر فيما أخذ به فعلاً على الاعتداد بتسعة أشهر بدلاً من اثني عشر شهراً كما ذهب إليه المالكية. ونلاحظ هنا أن مصر قد أبطلت الآثار الناجمة عن الأخذ بالحكم الحنفي التقليدي عن طريق تلك التنظيمات الإدارية التي ناقشناها فيما سبق، والتي تقضي بأن أمد العدة بالنظر إلى الآثار العملية المترتبة عليها هو عام واحد.

ونظراً لأن التجديد التشريعي قد بدأت بوادره في بلاد الشرق الأوسط [الحنفية غالباً] فقد كان من الطبيعي أن تستخلص أهم أمثلة «التخير» من تلك المسائل التي تم فيها التحول عن المذهب الحنفي إلى غيره من المذاهب الأخرى. غير أنه لم يكن هناك أي داع يحول دون إفادة البلاد الإسلامية غير الحنفية من المذهب الحنفي في بعض المسائل؛ ففي الجزائر على سبيل المثال رجحت المحاكم - كما رأينا فيما سبق - العمل بالمذهب الحنفي بدلاً من المالكي فيما يتعلق بأهلية المرأة البالغة لتولي عقد زواجها بنفسها، وفي تونس ألغى قانون 1959 م - الملحق بقانون الأحوال الشخصية الصادر سنة 1957 م - الحكم المالكي التقليدي القاضي بذهاب باقي التركة عند عدم وجود أي قريب عاصب إلى بيت[21] المال، وأخذ بمبدأ «الرد على أصحاب الفروض» كما

---

(18) راجع مذهب الأحناف في ذلك في فتح القدير: 27/3.

(19) ليس اتجاهاً عاماً في هذا المثال في الأقل، بدليل مخالفة المالكية للأحناف.

(20) راجع مذهب المالكية في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 470/2.

(21) راجع مذهب المالكية حول توريث بيت المال في المرجع السابق نفسهل؛ 468/4.

أوضحته المذاهب الأخرى سوى المالكي. والواقع أن هذا القانون قد ذهب إلى أبعد مما رأته هذه المذاهب بإجازته الرد على الزوجين(س). وأخيراً فإن العربية السعودية ـ التي بلغ بها اتجاهها المحافظ المتشدد في سنة 1927 م مبلغ الرفض لاقتراح ملكها ابن سعود تقنين الأحكام الفقهية على أساس الإفادة من المذاهب الأخرى غير الحنبلي(ع) ـ قد قبلت حديثاً مبدأ إمكان الأخذ بما رأته المذاهب السنية الأخرى في الظروف التي تقتضي ذلك(ف).

[ب] فيما يتعلق بالأسلوب الأول من أساليب «التخير» يحق لأي مجدد ـ ولو أوغل في تجديده ـ أن يدعي أنه لم يفعل أكثر من ممارسة حقه المعترف له به (كمقلد ملتزم باتباع أئمة الفقه) في التخير من بين الآراء المختلفة المتساوية في حجيتها، طبقاً لما اعترف به الفكر الأصولي. لكن مثل هذا الادعاء يغدو محل شك حينما يتعلق بالمرحلة الثانية أو بالأسلوب الثاني من أساليب التخير؛ فإن المجددين في هذه المرحلة قد عملوا على تأصيل الأحكام التي تضمنتها تقنيناتهم بنسبتها فقط إلى آحاد الفقهاء الذين اندرست آراؤهم أو كانت مخالفة للآراء الراجحة في المذاهب السنية جميعها.

وخلافاً للمنهج المصري في الحد من زواج الصغار باتباع أسلوب إجرائي غير مباشر يتمثل في المنع من تقديم العون القضائي لهم فإن أكثر قوانين الشرق الأوسط الأخرى ـ الأردنية والسورية والعراقية والتونسية والمراكشية قد اقتفت أثر القانون العثماني «حقوق الأسرة» في أنها تبنت مباشرة ضمن قواعدها الموضوعية الحكم القاضي بأنه لا ينعقد زواج الصغير والصغيرة قبل وصولهما إلى سن البلوغ، وهي السن التي يتراوح حدها الأدنى، طبقاً لهذه القوانين المتعددة، من تسع سنوات للبنت واثنتي عشرة سنة للولد فيما أخذ به القانون العثماني إلى ست عشرة سنة لكليهما فيما ذهب إليه القانون العراقي. وقد أخذت هذه القوانين بأن يصح للمحكمة الإذن بزواج الصغار الواقعة أعمارهم فيما بين الحد الأدنى للبلوغ وسن الأهلية الكاملة للزواج (ثمانية عشر عاماً في التحديد المألوف) أذا اقتنعت ببلوغ طالب هذا الإذن. وتجد هذه الأحكام مستندها الفقهي الوحيد في آراء بعض الفقهاء الباكرين كابن شبرمة الذي ذهب إلى عدم انعقاد زواج الصغار بإجبارهم عليه وفيما رآه الفقه الظاهري ابن حزم بالنسبة لحكم زواج الصغير(22).

وشبيه بذلك ما أخذت به سوريا حينما تبنت في سنة 1953 م [1373 هـ] تحديد

---

(22) راجع في ذلك المحلي: لابن حزم: 458/6 والمغنى لابن قدامة: 50/7.

أقصى مدة الحمل بعام واحد، بحكم موضوعي استندت فيه إلى وجهة نظر الفقيه المالكي محمد بن الحكم[23] وحده التي اختلف فيها عن سائر الفقهاء. ويماثله في مخالفة الرأي المعمول به في المذاهب السنية الأربعة كلها تلك التعديلات المتصلة بأحكام الطلاق التي أخذت بها مصر سنة 1929 م: فصيغ الطلاق المعلق إذا نطق بها الزوج لمجرد دفع الزوجة إلى القيام بفعل معين أو تجنبه، دونما تفكير في إيقاع الطلاق، كأن يقول لها: «إن فعلت ذلك ثانياً فأنت طالق» ـ تعد لاغية فيما ذهب إليه هذا القانون، مؤصلاً ذلك الذي ذهب إليه بآراء تنسب إلى أشخاص معينين كالفقيه عطاء المتوفي سنة 733 م [115 هـ] وشريح الذي روي أنه ولي قضاء الكوفة للخليفة الثاني عمر بن الخطاب (634 - 644 م/13 - 24 هـ). كما يستند النص القاضي بأن الطلاق المقترن لفظاً أو إشارة بما يفيد التعدد يقع طلقة رجعية واحدة إلى حجية بعض الآراء الفردية، كتلك التي تنسب إلى العالم الحنبلي «ابن تيمية»[24].

والحق أن الاعتماد على الآراء الشاذة ملمح بارز لقانون الميراث المصري الصادر سنة 1943 م [1362 هـ]. ونعتقد أن إيراد مثالين اثنين كاف في هذا الصدد:

أولهما: أن الحكم الفقهي فيما إذا ولد المولود ميتاً نتيجة عدوان وقع على أمه هو إيجاب نوع مخصوص من الديـة ذي مقدار محدد يعرف «بالغرة» يدفعه المعتدي[25]. وتلتقي المذاهب السنية جميعها على اعتبار مال الغرة مملوكاً للمولود نفسه، ينتقل عنه بالتالي إلى ورثته هو، وإن ذهب الأحناف أكثر من ذلك إلى وجوب توريث هذا المولود ـ بحكم حياته الاعتبارية الثابتة له بالقضاء لصالحه بالغرة ـ القدر الذي كان سيرثه بطبيعة الحال فيما لو جاء حياً حياة حقيقية، كي ينتقل عنه أيضاً إلى ورثته هو. بيد أن هذا القانون قد ذهب إلى أن هذا المولود لا يتملك وبالتالي لا ينتقل عنه إلى ورثته شيء، لا من مال الغرة ولا من أية أموال أخرى من باب أولى، بل إن الأم

(23) أبو محمد عبد الله بن ابد الحكم المتوفي سنة 214 هـ أو 216 هـ، ترجمته في وفيات الأعيان: 34/3، وتهذيب التهذيب: 259/5، ومالك للمرحوم محمد أبو زهرة ص 222. وقد نقل ابن حزم في المحلي: 316/10، رأى ابن عبد الحكم في تقدير أقصى مدة الحمل بعام واحد.

(24) انظر ما أخذ به القانون ومستنده في الطلاق المعلق والمتعدد: الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص 355, 349.

(25) الغرة نصف عشر الدية، أو خمسمائة درهم في مذهب الأحناف وستمائة عند المالكية والشافعية. انظر في ذلك: فتح القدير: 324/8، وحاشية ابن عابدين: 516/5، وشرح الزرقاني: 31/5، ونهاية المحتاج: 360/7.

وحدها هي التي تستحق مال الغرة مقابل انفصال مولودها عنها ميتاً، للتعويض عن الضرر الذي لحق ببدنها هي. وقد كان ربيعة بن عبد الرحمن والليث بن سعد ـ وكلاهما من فقهاء المدينة ـ اللذان توفيا في أوائل القرن الثامن الميلادي وحدهما هما الأصل المزعوم لهذا الحكم.

ويتصل المثال الثاني بمسألة التزاحم بين الجد الأبوي والأخوة في الميراث. وفي ذلك تتفق المذاهب الفقهية جميعها على حجب الأخوة والأخوات من الميراث حجباً تاماً بالجد الصحيح. ويحجب الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب كذلك بالجد الصحيح في المذهبين الحنفي والحنبلي، وإن كان من حقهم أن يشتركوا معه طبقاً للمذهبين الشافعي والمالكي. ويتبنى القانون المصري المبدأ العام الذي صاغه هذان المذهبان الأخيران والقاضي بأن الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب لا يحجبون بالجد الصحيح، وإن ابتعد في فروع كثيرة عن أحكامهما المتعلقة بتحديد أسلوب التوزيع على المستحقين من هؤلاء الأخوة. ولنورد شاهداً واضحاً لذلك:

المبدأ العام أن يعد الجد أخاً، وفيما يتعلق بالإخوة فإن الشقيق منهم يحجب الأخ لأب، بفضل قوة رابطة الدم. وبناء على ذلك فإن الميت إذا ترك أب أب وأخاً شقيقاً وأخاً لأب فإن أب الأب يأخذ ثلث التركة والأخ الشقيق ثلثيها طبقاً للمذهبين الشافعي والمالكي، على أساس أنه ينبغي أولاً افتراض إعطاء الأخ لأب نصيبه المقدر بثلث التركة عند احتساب نصيب الجد، ثم يحجب الأخ الشقيق الأخ لأب بعدئذ من أخذ هذا النصيب المفترض ليحصل عليه هو. غير أن الأخ لأب فيما رآه القانون المصري محجوب منذ البداية بالأخ الشقيق الذي يقتسم التركة مع الجد بالتساوي طبقاً لذلك. ويقيم قانون الميراث المصري أحكامه في هذا الفرع وغيره من الفروع التي تختلف مع المذهبين الشافعي والمالكي على الآراء المنسوبة لعلي بن أبي طالب، صهر النبي [ﷺ]. غير أنه لما كان المستحسن إظهار الاختلاف بين مستند القانون المصري ومستند الشافعية والمالكية على نحو أكثر توازناً فقد ذكر واضعو هذا القانون أن الأمر يتردد بين الأخذ برأي الإمام علي من جهة ورأي كاتب النبي [ﷺ] زيد بن ثابت ـ وهو المستند لما ذهب إليه المالكية والشافعية ـ من جهة أخرى[26].

ونحسب أنه قد اتضح الآن أن عباءة التقليد في المرحلة الثانية «للتخير» قد صارت ثوباً مهلهلاً يشف عما تحته بعد أن كانت في المرحلة السابقة غطاء سابغاً لأنشطة

(26) انظر مسلك القانون ومستنده في كتاب أحكام التركات والمواريث للمرحوم محمد أبي زهرة ص 157 وما بعدها.

المجددين. وهكذا بلغ الأمر بهؤلاء المجددين في بحثهم عن سند لاختياراتهم إلى حد التنقيب في محصول عشرة قرون من التفكير الفقهي ـ خلافاً لما جرت عليه التقاليد المرعية من الالتزام بوجهة النظر المذهبية ـ والتشبث ببعض الآراء المنسوبة إلى آحاد العلماء أو المتسمة بالشذوذ والمخالفة لوجهة النظر المحافظة، بعد أن عفّى عليها الزمن وأسلمها الاتجاه العام للفكر الفقهي إلى زوايا النسيان.

[3] أما الأسلوب الثالث والأخير للتخير فقد غدا فيه «التقليد» الذي يزعمه هؤلاء المجددون مجرد شكل مظهري؛ فقد غدت بنية القواعد التشريعية مجرد هيكل يقوم على تجميع الآراء الفقهية المختلفة في طبيعتها ومصدرها ومحاولة المزج بين العناصر المتنافرة التي تتضمنها. وقد أخذ هذا النوع من النشاط مصطلح «التلفيق» الذي ينم عن مضمونه والذي يعني في مدلوله الحرفي: «جمع رقعة إلى أخرى ولفقهما معاً».

بيد أن هناك نوعاً من عدم التحديد للمعنى المقصود بمصطلح «التلفيق» فهو يتضمن بطبيعة الحال أي خروج على أحكام المذهب المعمول به؛ ذلك أن لكل مدرسة أو مذهب وحدته الأساسية الخاصة به، ومن ثم فإن الأخذ بالمذهب المالكي ـ مثلاً ـ في موضوع الطلاق مع الاحتفاظ بالمذهب الحنفي في موضوع الزواج من شأنه أن ينتج نظاماً قانونياً ملفقاً. وبالمثل ففيما يتعلق بموضوع الشروط في عقد الزواج كان تبني المذهب الحنبلي بشأن الشروط المانعة للزوج من اتخاذ زوجة ثانية دون الشروط التي تضمن للزوجة حريتها الاجتماعية (كما هو الحال في قانون حقوق العائلة العثماني) مما يمكن أن يدخل في المعنى العام لمصطلح «التلفيق». وقريب من هذا ما ذهب إليه قانون الميراث التونسي (انظر ما سبق) حيث أخذ بمبدأ الرد على أصحاب الفروض من غير المالكية، مستبقياً مع ذلك رأي المالكية القاضي بأنه لا حق لذوي الأرحام في الميراث. ويعتمد مبدأ الرد وحقوق ذوي الأرحام معاً بدرجة كبيرة على المكانة التي اختص بها بيت المال. وهكذا يتضمن القانون التونسي الحالي الأخذ بوجهة نظر غير المالكية فيما يتعلق ببيت المال بالنسبة لأصحاب الفروض محتفظاً في الوقت نفسه بوجهة النظر المالكية فيما يتعلق ببيت المال بالنسبة لذوي الأرحام.

بيد أن الأمر يبدو أكثر من مجرد التوسع في اتخاذ مثل هذا الموقف حينما يؤخذ برأي مذهب من المذاهب لتطبيقه في أحوال معينة وبرأي مذهب آخر لتطبيقه في أحوال أخرى. ويزودنا القانون الروماني ـ على سبيل المقارنة ـ بمثال جيد لذلك فيما تضمنته أحكامه الخاصة بالتعدي على مادة مملوكة للغير وتحويلها إلى مادة أخرى «Specificatio.» أو استحداث عين جديدة النوع والجنس من تلك المادة، كصياغة حلية من تبر

الذهب. وفي ذلك ترجع ملكية العين المصوغة طبقاً لمذهب «السابينيين» Sabinian School إلى المالك الأصلي للمادة، على حين يختص بها صانعها أو الذي تحولت وهي في يده، طبقاً لمدرسة «البروكوليين» Proculian School. بيد أن «جوستنيان» قد حكم برجع ملكية هذه العين إلى الصانع إن لم يكن ردها إلى حالتها الأصلية، وإلى صاحب مادتها الأصلي إن أمكن ردها لحالتها الأولى. ويتضمن قانون الميراث المصري لسنة 1943 مثالاً يشابه إلى حد كبير هذا الحل الجامع لوجهتي النظر المتعارضتين، وذلك في الحكم المتعلق بموانع الإرث بين غير المسلمين. فطبقاً للمذهب الحنفي لا ينشأ حق الإرث بين وارث ومورث من غير المسلمين إذا كان أحدهما خاضعاً لدولة مسلمة والآخر خاضعاً لدولة غير مسلمة، على حين أن هذا الاختلاف في الدار لا ينشيء مانعاً من الميراث طبقاً للمذهب المالكي. أما القانون المصري فقد رأى أن اختلاف الدار لا يمثل مانعاً من الميراث إذا كانت قوانين الدولة الغير المسلمة التي يتبعها الوارث تسمح بتوريث الأجانب، بيد أنه يمثل مانعاً إذا لم تكن قوانين هذه الدولة تسمح بذلك، على سبيل المعاملة بالمثل[27]. ومن الممكن اعتبار الأحكام التي من هذا القبيل ضمن البدايات الأولى للاعتماد على التلفيق بمعناه الصحيح. ففي الأمثلة التي سبقت الإشارة إليها تتميز بشكل واضح مجالات إعمال الحكم المستمد من مذهب معين عن الحكم المستمد من مذهب آخر، على حين امتزجت تماماً في المثال الأخير وجهتا نظر الأحناف والمالكية معاً لتشكلا في إطار ما أخذ به القانون المصري حكماً قانونياً واحداً ذا طبيعة خاصة.

بيد أن «التلفيق» في شكله الحاد يتخذ مجالاً أوسع بكثير من دائرة الحلول المتوسطة التوفيقية. ففيما يتعلق بمسألة ميراث غير المسلمين ذاتها نجد أن القانون المصري، في أخذه بمبدأ المعاملة بالمثل، قد أجاز ليهودي استوطن دولة غير مسلمة أن يرث قريبه المسيحي التابع لدولة مسلمة. وليس هذا ممكناً في الفقه الحنفي، نظراً لاختلاف الدار بين الوارث والمورث، كما أنه غير ممكن في الفقه المالكي كذلك، حيث أن اختلاف الدين بين الوارث والمورث ينشيء مانعاً من الميراث. ومن ثم فإنه على الرغم من أن المجددين المصريين قد يستندون إلى التأييد المالكي لهم في أخذهم بأن اختلاف الدار لا ينشيء مانعاً من الميراث وإلى التأييد الحنفي لهم في أخذهم بأن اختلاف الدين بين غير المسلمين لا ينشيء مانعاً من الميراث - فإن الجمع بين وجهتي

(27) راجع مسلك القانون المصري ومستنده في أحكام التركات والمواريث للمرحوم محمد أبي زهرة ص 113 وما بعدها.

النظر معاً قد أفضى إلى قيام حكم لا سند له في أي مذهب من المذاهب السنية.

ويوجد مثال معقد بشكل خاص لهذا النوع الحاد من «التلفيق» في قانون الوقف المصري الصادر سنة 1946 م [1366 هـ]. فقد أدى الانتقاد العام لنظام الوقف إلى الإحساس بالحاجة الماسة لإصلاح أحكامه الشرعية التقليدية. فالاقتصاديون قد نددوا بتجميد مقادير كبيرة من الأموال العقارية وبقائها بعيدة عن التداول التجاري طبقاً لإرادة الواقف[28]. وهاجم الأخلاقيون بدورهم شرور نظام يجيز للشخص حرمان ورثته الشرعيين من حقوقهم بوقف ممتلكاته، محتفظاً بمنفعتها لنفسه مدى حياته، كي يمنع أفراد أسرته - كلهم أو بعضهم حسب مشيئته - من الانتفاع بهذه الممتلكات[29]. وعلاجاً لهذين الضررين الأساسيين قدم قانون 1946 م ما يلي:

أولاً: أن المدة القصوى لجميع الأوقاف التي حبست لأغراض أخرى غير الأغراض الدينية مقدرة بستين عاماً أو بتعاقب طبقتين من المنتفعين بها، أيهما أقل.

وثانياً: أن جميع ورثة الواقف الشرعيين يجب أن يتعين لهم بعد وفاته «استحقاق واجب» في الوقف يساوي حقوقهم في الميراث، سواء نص الواقف عليهم بين المنتفعين أم لم ينص.

وقد استند تحديد مدة الوقف من الناحية الشكلية إلى رأي المالكية الذين يجيزون التأقيت في الوقف، فضلاً عن الاستناد إلى هذا الأصل المتمثل في أن من حق الحاكم الأمر بالكف عن بعض ما أباحته الشريعة[30]. بيد أن حكم «الاستحقاق الواجب» إنما يستند إلى رأي الفقيه الظاهري ابن حزم[31] وبعض فقهاء الحنابلة الذين يرون أن منع

---

(28) لا تحتم أية نظرية اقتصادية تحريك الأموال كلها في التجارة، فالممتلكات العامة للأمة في أكثر صورها بعيدة عن التداول التجاري، ولم يطالب أحد بوجوب إخضاعها للتعاملات التجارية، وتيسير ورود البيع والشراء فيها. والسبب الحقيقي أن الحكومة في ذلك الوقت كانت قد اتجهت إلى تقويض سلطات الهيئات الدينية التي كانت معظم هذه الأوقاف تحت سلطانها.

(29) القاعدة في المذهب الحنفي الذي كان معمولاً به قبل صدور هذا القانون احتساب الوقف من ثلث المال إذا نشأ في مرض موت الواقف مع مراعاة عدم محاباة بعض الورثة إن لم يجيزوا الزيادة عن الثلث ولا محاباة بعضهم، واحتسابه من جميع المال إن كان قد نشأ في صحة الواقف. البحر الرائق: 195/5 وما بعدها.

(30) ناقش الشاطبي مسألة تغير الإباحة إلى الكراهية أو الحرمة، وأنواع الطوارىء المسببة لهذا التغير. انظر الموافقات: 181/1 وما بعدها.

(31) انظر المحلى: 182/6، وقد ذكر ابن حزم أن الواقف إن خص بالوقف «بعض بنيه فالحبس صحيح ويدخل سائر الولد في الغلة والسكنى مع الذي خصه. برهان ذلك أنهما فعلان متغايران بنص =

الواقف بعض ورثته حقهم هو ظلم لهم، فقضوا لهذا بوجوب إدراج الورثة الذين استبعدهم الواقف ضمن المنتفعين بالوقف.

ونستخلص مثالنا الخاص بالتلفيق هنا من هذه الأوقاف التي آل الأمر فيها إلى فرض هذا النوع من «الاستحقاق الواجب» والتي تنتهي بأحد الأجلين المنصوص عليهما في القانون المصري، إذ تضمنت مادته السابعة عشرة أن العين الموقوفة بعد انقضاء مدة وقفها ـ طبقاً للتحديد السابق ـ تؤول إلى الواقف إن كان ما يزال حياً وإلى المنتفعين بها إن كان ميتاً. وبالنظر إلى الجوانب الاجتماعية والخلقية المحضة ـ وخاصة في ضوء المقصد الخاص بحماية مصالح ورثة الواقف ـ فإن تحقيق هذا الحكم للعدالة أمر لا يتطرق إليه الشك. بيد أن محاولة إرساء أسسه الفقهية على الآراء التقليدية المحتج بها أمر مفرط في الضعف. ومن الواضح أن النقطة الأساسية في الموضوع هي ملكية العين الموقوفة، إذ إنها هي التي يتحدد في ضوئها مبدأ انتقال العين الموقوفة عقب انقضاء مدة الوقف. ويتمسك المالكية ـ بطبيعة الحال ـ بأن هذه الملكية تظل للواقف، على حين يرى الحنابلة انتقالها إلى المنتفعين بالوقف. ولذا فمن الممكن اعتبار القانون المصري في هذا الصدد قائماً على مزج هذين الرأيين معاً، بحيث يأخذ بحكم المالكية إذا كان الواقف حياً، وبحكم الحنابلة إذا كان ميتاً[32]، ولئن كان من الممكن أن

= كلام رسول الله ﷺ، أحدهما: تحبيس الأصل، فباللفظ تحبيسه يصح لله تعالى بائناً عن مال المحبس. والثاني: التسبيل والصدقة، فإن وقع فيها حيف رد ولم يبطل خروج الأصل محبساً لله عز وجل».

(32) لا يصح الوقف المؤقت عند الأحناف.. الهداية: 15/3. ويتفق معهم الشافعية في ذلك.. المهذب: 441/1. ولا يشترط فيه المالكية التأبيد، فيصح عندهم أن يقف شخص منفعة دار استأجرها مدة معلومة، وينقضي الوقف بانقضائها.. حاشية الدسوقي: 76/4، ويتفق الحنابلة مع الأحناف والشافعية في اشتراط التأبيد.. كشاف القناع: 243/4، 250.

أما ملكية الموقوف فإنها في المعمول به من مذهب الأحناف على حكم ملك الله عز وجل.. الهداية: 13/3، وفي المذهب الشافعي رأيان، أصحهما متفق مع المذكور من مذهب الأحناف.. المهذب: 442/1. بيد أن المالكية يذهبون إلى اختصاص الواقف بملكية رقبة العين الموقوفة. وفي حاشية الدسوقي «أن المشهور أن الوقف ليس من باب إسقاط الملك. وقيل إنه من باب إسقاطه، وحينئذ فلا يحنث الحالف أنه لا يدخل ملك فلان بالدخول في وقفه على الثاني ويحنث بالدخول على الأول. وهذا الخلاف قيل في غير المساجد، وأما فيها فهو إسقاط قطعاً كما قال القرافي. وقيل الخلاف جار فيها أيضاً.. المرجع المذكور: 95/4. ورأى الحنابلة أن الملك في الوقف ينتقل إلى الله تعالى إن كان الوقف على مسجد ونحوه، وإلى الموقوف عليه إن كان آدمياً معيناً كزيد وعمرو، أو كان جمعاً محصوراً. كشف القناع: 254/4.

ينطوي هذا التفريق، الذي يضبط دائرة إعمال كل من هذين المذهبين، على نوع من التعسف فإن ما يكشف زيف ادعاء استناد القانون المصري في الواقع إلى الآراء المذكورة إنما يتمثل في حقيقة أن المذهب الحنبلي قد رفض تماماً صحة الوقف المؤقت وأنه لم يعتبر ملكية المتنفعين للعين الموقوفة، طبقاً لذلك، أكثر من مجرد نوع من الملكية الاسمية[33].

وحينما اعترف بضرورة تطويع الأحكام المأثورة على هذا النحو لكي تثمر الحكم المنشود فإن الزعم بكون هذا التطويع قد تم في إطار «التلفيق» يصبح أمراً لا يزيد عن كونه ستاراً رقيقاً للتظاهر البحث بالمتابعة المظهرية للقواعد الشرعية، يخفي وراءه في حقيقة الأمر محاولة إعادة صياغة هذه القواعد كي تلائم احتياجات المجتمع الواقعية. وهذا الموقف الجديد الذي يقفه التشريع الإسلامي في العصر الحديث ـ والذي يختلف بطبيعة الحال عن وجهة النظر التقليدية القاضية بأن المعايير الوحيدة المشروعة للمجتمع هي تلك التي يحددها الفقه وليس التطور الاجتماعي ـ قد واكب النزوع إلى الإصلاح منذ بداية أمره، ففي الواقع كان التخير في أساسه نوعاً من الانتقاء للآراء الفقهية التي تبدو ملائمة للظروف الحديثة. وبمرور الوقت أولت المذكرات الإيضاحية المرفقة بتقنينات الأحكام الشرعية عناية أكبر للاعتبارات العلمية والاجتماعية. وكانت مراجعة العدد الكبير من وجهات النظر الفقهية، وهو الأمر الذي يقتضيه التخير، قد أدت إلى نمو الوعي بالطبيعة الانسانية غير المعصومة من الخطأ لأكثر الأحكام الفقهية. وفي ضوء ذلك أصبح الرأي القائل بأن اجتهادات فقهاء العصور الوسطى ملزمة للأجيال الحديثة ـ عرضة للتساؤل. وحينئذ بدت تلك المبادىء التقليدية وخاصة في عدد من المسائل المحددة، حاجزاً رهيباً يحول دون التقدم الذي تتطلبه الحياة المعاصرة. لقد غدا التقليد خيالاً إلى حد كبير. وكسائر الأخيلة الأخرى التي عرفها التاريخ التشريعي فإن التقليد ـ إذ حقق الهدف المنوط به كأسلوب انتقالي، وبدا أنه قد استنفد طاقاته كلها ـ قد بدأ يدخل في مرحلة جديدة، تخلى فيها التشريع الحديث عنه، كي يعترف

---

(33) التصرفات الجائزة من الموقوف عليه في العين الموقوفة بمقتضى ملكيته لها عند الحنابلة هي تلك التصرفات التي لا تعارض طبيعة الوقف. وبناء على ذلك يحكمون له بملكية منفعة هذه العين وغلتها وثمرتها، لكنه لا يملك أن يتصرف فيها تصرفاً يخرجها عن ملكه كالبيع أو الهبة أو العتق إن كانت أمة أو عبداً، ولا أن يتصرف فيها تصرفاً يؤثر على انتفاع المستحقين لها من بعده، فلو كانت أمة لم يجز له وطؤها، فإن فعل فلا حد عليه ولا مهر، وإن ولدت له صارت أم ولد، تعتق بعد موته، وتجب قيمتها في تركته، لأنه أتلفها على من بعده من البطون، يشتري بها مثلها لينجبر على البطن الثاني ما فاتهم، فتكون وقفاً بمجرد الشراء» كشف القناع 255/4.

على نحو أكثر وضوحاً وصراحة بأهدافه الحقيقية التي ظل ينشدها منذ بداية اتجاهه إلى التجديد[34].

---

(34) تعرض المؤلف في الفصل السابق لتلك التغيرات التي حدثت في الترتيب القضائي الحديث وأهم الآثار الناجمة عن هذا التغيير، وانطلق من ذلك إلى بيان الجانب الأول من جوانب المنهج التجديدي وهو ما يتمثل في أسلوب منع المحاكم من سماع الدعوى في بعض الأحوال التي اختار فيها المجددون عدم الاصطدام بالأحكام الفقهية. ويخصص المؤلف هذا الفصل (الثالث عشر) لتوضيح جانب آخر من جوانب هذا المنهج، وهو ما يتمثل في التخير من أقوال الفقهاء السابقين.

وقد حاول المؤلف إقامة نوع من الفصل بين المراحل المختلفة لتطور التخير في الأنشطة التشريعية الحديثة فقسمه إلى المراحل التالية: أولاها: التخير داخل المذهب، ويمثله مجلة الأحكام العدلية التي استطاع القائمون على إصدارها الأخذ بأكثر الآراء الموجودة في المذهب الحنفي ملاءمة للمصالح الاقتصادية والاجتماعية في العصر الحديث. فمثلاً كان الرأي المعتمد في المذهب الحنفي بالنسبة لعقد الاستصناع إذا جاء الصانع بالشيء المستصنع على الصفة المطلوبة هو ثبوت الخيار للمستصنع لا الصانع، حيث إن الأول اشترى ما لم يره فله الخيار، خلافاً للثاني الذي باع ما لم يره ولا خيار له. غير أن هناك رواية عن أبي يوسف مفادها عدم ثبوت الخيار للطرفين إذا جاء المصنوع على الصفة المطلوبة. . بدائع الصنائع: 2680/6. وقد أخذت المجلة بهذه الرواية، ورأت لزوم العقد إذا جاء المصنوع على هذا النحو. المجلة، مادة 392.

وثانيتها: الانتقال عن الرأي الراجح في المذهب المعتمد إلى الرأي الراجح في أي من المذاهب الأخرى، مما يكون أكثر تحقيقاً للمصالح.

وثالثتها: الانتقال عن الرأي الراجح في المذاهب المتعددة إلى الآراء الشاذة والغريبة، بحثاً عن أي سند فقهي للمصالح المنشودة.

وآخرتها: المزج بين الأقوال المختلفة واستخراج رأي ملفق من هذه الأقوال.

ولعل هذا الفصل من أهم الفصول التي قدمها المؤلف، حيث إنه سعى إلى رسم جانب أساسي من جوانب منهج التقنينات الحديثة التي لم تحظ ـ فيما أعلم ـ بمثل هذا الاختبار لأسسها المنهجية. بيد أن لي ـ مع ذلك ـ بعض الملاحظات التي أوجزها فيما يلي:

(أ) يعود التخير إلى فترة في تطور المذاهب. وكثيراً ما اختار فقهاء مذهب معين رأياً نشأ لدى فقهاء مذهب آخر. وهذا هو منشأ صعوبة إقامة حد فاصل بين المذاهب المتعددة في أكثر الأحيان. بل إن التلفيق، وهو الأخذ بالرأي الوسط بين رأيين متعارضين، أمر معروف للفقهاء الباكرين. وهكذا فإن التشريع الحديث لم ينخلع في اختياراته ـ من حيث المبدأ في الأقل ـ عن مناهج الفقهاء السابقين.

(ب) الضوابط التي وضعها الأصوليون للتخير تتلخص في البعد عن أهواء النفوس وتلمس الدليل والمصلحة، والمصلحة المعتبرة هي مصلحة الكافة، وتجنب الشذوذ الذي لا يستند إلى دليل معتبر، كالقول بحل نكاح المتعة والنبيذ. وأحسب أن التطبيقات الحديثة للتخير مقيدة بهذه الضوابط. ولا =

= يضيرها رغبة القائمين عليها تحقيق مصلحة الكافة، بل إن ذلك هو الواجب، شريطة أن تكون المصلحة حقيقية معتبرة.

(ج) التخير أليق بالاجتهاد وأولى أن يدخل في أنواعه. نعم لا يعتبر المتخير مجتهداً اجتهاداً مطلقاً، بيد أنه ليس مقلداً أيضاً. فالمفروض أن المُتَخَيِّر يبذل مجهوداً عقلياً في التعرف على الآراء المختلفة والموازنة بين أدلتها، والمقارنة بين المصالح المفضية إليها كي يستطيع ترجيح واحد منها.

(د) لعل محاولة الفصل التاريخي بين أنواع التخير السابقة غير دقيقة في الأقل، فقد استفاد القانون المصري الصادر سنة 1920 ونظيره الصادر سنة 1929 في أحكام الأسرة بالمذاهب المختلفة، وفيها اعتماد ـ أحياناً ـ على الآراء التي قال بها آحاد العلماء.

وبرغم ذلك فإن المشكلات التي أثارها المؤلف على قدر كبير من الأهمية في تقدير الأسس المنهجية التي تقوم عليها التقنينات الحديثة.

الفصل الرابع عشر

الاجتهاد الجديد

في تلك الفترة الباكرة التي ترجع إلى عام 1898 م [1316 هـ] دعا الفقيه المصري العظيم محمد عبده إلى إعادة المبادىء المتضمنة في نصوص الوحي الإلهي كأساس للإصلاح التشريعي[1]. وأيد هذه الدعوة ذاتها بعض العلماء الذين تبعوها ـ كإقبال في الهند[2] ـ بأن ممارسة الاجتهاد أو التفكير المستقل ليس حقاً فحسب للأجيال الحالية من

(1) تمثل مناهضة الإمام محمد عبده للتقليد ودعوته إلى فتح باب الاجتهاد موضوعاً رئيسياً من بين الموضوعات التي شغل بتوضيحها في دروسه للتفسير. ويبدو هذا بوضوح فيما نسبه إليه تلميذه رشيد رضا في تفسير المنار. وفي إيجاز فمما ينسب إلى الإمام في هذا التفسير: 29/1 أن «القرآن هو حجة الله البالغة على دينه الحق، فلا بقاء للإسلام إلا بفهم القرآن فهماً صحيحاً». وفي موضع آخر: 399/2 ـ يحض العلماء على وجوب التعلق بإحياء كتاب الله، قائلاً: «فوالله إنه لا حياة لهذه الأمة بسواه، ولذلك عادت بتركه إلى عادات الجاهلية. . .» ويرفض في مقدمة التفسير المذكور: 19/1 ـ زعم بعض أهل عصره أن بالإمكان الاستغناء عن النظر والتفسير الجديدين للقرآن بتفسير الأئمة السابقين ونظرهم، معقباً بأنه «لو صح هذا الزعم لكان طلب التفسير عبثاً يضيع به الوقت سدى. . .» أما التقليد فهو في رأيه خلاف ما ألزم به الله من وجوب الرجوع إلى كتابه وسنة نبيه، وهو المسؤول عما حدث بين المسلمين من خلاف فرقهم شيعاً متناحرة. المنار: 9/3. وبمناسبة تفسيره لقوله تعالى: ﴿إذ تبرأ الذين اتبعوا من الذين اتبعوا ـ﴾ (البقرة: 166) يندد بالتقليد، وأنه لا عذر لأحد فيه، وأن حكم الآية «يستغرق جميع المقلدين، فهم اتخذوا مقلديهم أنداداً، وسيتبرأ التابع من المتبوع» المنار: 79/2.

(2) أفاض إقبال في الانتصار لهذه الدعوة في كتابه: The Reconstruction of Religious Thought in =

المسلمين، بل هو واجب عليهم أيضاً، إذا أرادوا لدينهم التلاؤم مع العالم الحديث. وكان من الطبيعي أن يثير مثل هذا الرأي الذي يبدو في تعارض تام مع طبيعة الركود الفقهي السائد طيلة عشرة قرون جدلاً عنيفاً. فرآه المعارضون ابتداعاً في الدين لخروجه على أصل «إغلاق باب الاجتهاد» الذي استقر عليه الإجماع المنزه عن الخطأ.

= Islam، وذلك في الفصل السادس الذي خصصه لبيان أهمية الاجتهاد من حيث كونه محور الحركة والتجديد في الفكر الإسلامي. والذي يتحدث عنه إقبال هنا هو الاجتهاد بمعناه المطلق. وفي رأيه أن الفقهاء قيدوا ممارسة هذا النوع من الاجتهاد بوضع شروط لمن يمارسه، لا يمكن تحققها في شخص واحد. وهذا الكسل العقلي الذي حدا بهم إلى اتخاذ هذا الموقف قد حدث ـ في تحليل إقبال ـ نتيجة عوامل متعددة، من أهمها تدمير بغداد على أيدي التتار، وضعف الحركة العقلية؛ وانتشار الحركات الصوفية. ويلاحظ إقبال أنه بالرغم من قوة هذه العوامل فإن الفكر الإسلامي قد عبر عن قوة التجديد الكامنة فيه بظهور شخصية ابن تيمية الذي ادعى لنفسه منصب الاجتهاد بمعناه السابق، وتأثيره بعد ذلك في نشوء حركة ابن عبد الوهاب الذي ذم التقليد وشجع الاجتهاد.

ويستطرد إقبال إلى ملاحظة أن الاجتهاد قد فرض نفسه في العصر الحديث، نتيجة لتلك الأوضاع السياسية والاجتماعية الجديدة التي شهدها العالم الإسلامي في هذا العصر. ففي تركيا قام الحزب الوطني بإلغاء الخلافة متأثراً بفكرة فصل الدين عن الدولة، هذه الفكرة التي نشأت في أوروبا. وقد بررت هذا الإجراء بعض الآراء بالإشارة إلى ظروف احتلال القوى الغربية لبلاد العالم الإسلامي آنذاك. فرأى ضياء وهو شاعر تركي تأثر بأوجست كونت ـ كما يذكر إقبال ـ أن الواجب هو تحقيق استقلال الدول الإسلامية أولاً، كي يمكن توحيدها في إطار سياسي شامل بعد ذلك، وإذا لم يكن هذا ممكناً اليوم فلننتظر، ففي عالم اليوم لا يعطف على الضعيف أحد، والقوة هي وحدها الجديرة بالاحترام.

والسؤال الذي يسأله إقبال بعد ذلك هو «هل يمكن تفسير الأسس الشرعية تفسيراً جديداً؟ وبعبارة أخرى هل الفقه قابل للتطور»؟

يعتقد إقبال في معرض إجابته عن هذين التساؤلين أن روح الإسلام كانت من السعة إلى الحد الذي كفل لها استيعاب ثقافات الشعوب المجاورة وتوجيه هذه الثقافات في ضوء المبادىء الإسلامية الخالصة. ثم ينقل عن بعض المستشرقين أن هذه القدرة الاستيعابية والتوجيهية أوضح في مجال الفقه منها في غيره، مؤكداً ذلك بالإشارة إلى أن القرون الثلاثة الأولى قد شهدت ظهور تسعة عشر مذهباً قامت باستقراء العوائد والأعراف الخاصة بالمناطق التي تبلورت فيها، والحكم عليها إسلامياً.

ويخلص من ذلك إلى نتيجة من شقين. أولهما أنه لا يوجد أي سبب يوجب اتخاذ موقف التقليد والكسل العقلي. والثاني أن رغبة المجددين المسلمين من الأجيال الحديثة في إعادة تفسير الأسس الفقهية وفق تجربتهم الخاصة وظروف حياتهم المتغيرة أمر مشروع تماماً.

•رد المؤيدون بإنكارهم وجود إجماع على هذا الحكم أو اعتباره ذا طبيعة ملزمة من جهة أخرى. وهناك الكثير الذي يشهد لوجهة النظر الأخيرة. إذ برغم الحقيقة المتمثلة في أن توقف الاجتهاد مما يمكن تبريره في ضوء كونه نتيجة حتمية للتطور التاريخي للتشريع الإسلامي فإنه لم ينعقد أبداً إجماع مطلق على مثل هذا الأصل. والواقع أن الحنابلة قد أصروا من حيث المبدأ على استحالة وقوع أي إجماع حقيقي بعد عصر صحابة النبي [ﷺ] نظراً لصعوبة التعرف على رأي كل مجتهد بذاته في حقيقة الأمر. وفي القرن الرابع عشر [الثامن الهجري] رأى الفقيه الحنبلي ابن تيمية لنفسه الحق في ممارسة الاجتهاد من الناحية النظرية. وفضلاً عن ذلك فإن الذي قرر حجية الإجماع وحدد حالات وقوعه هو النظر التشريعي التقليدي، لا أوامر الوحي الإلهي الصريحة المعصومة من الخطأ، حتى ليبدو بوضوح تام أن هذا الأصل الإنساني النشأة قد انتحل لنفسه هذه الحاكمية التشريعية التي ترجع إلى الله وحده.

غير أن هذا النزاع النظري فيما يتعلق بالحق في ممارسة الاجتهاد أو وجوب التقليد إنما هو ثانوي وتابع لتلك القضية الأساسية التي يتركز حولها الصراع المباشر في الواقع بين وجهتي نظر المحافظين والمجددين. فهؤلاء الذين رأوا في الاحكام الفقهية الثابتة أفضل نظام للأشياء تمسكوا بمبدأ التقليد. أما هؤلاء الذين تطلعوا إلى التجديد فقد استدلوا لصحة الاجتهاد وجوازه بأنه الأسلوب الملائم الوحيد للتغيير في الأحكام الفقهية التي تستند إلى تلك الحجية المجمع عليها لمؤلفات العصور الوسطى الفقهية. وفي اختصار فقد كانت القضية الأساسية هي وجوب العمل على تحقيق الإصلاح القانوني لا مجرد التساؤل عن إمكانية تحقيقه. بيد أن إقحام بعض المبادىء الأصولية وقوة الاتجاه التقليدي قد حالا حتى العقد الأخير[3] دون وصول التشريع الحديث إلى التطبيق العملي للمبدأ القائل بجواز إغفال تفسيرات الفقهاء القدامى تماماً والأخذ بتفسيرات جديدة لنصوص القرآن وسنة النبي [ﷺ] الصحيحة في ضوء الظروف الحديثة.

وفي الفترة التي سبقت الاعتراف الواضح الصريح بالاجتهاد أساساً فقهياً للإصلاح نشأ عدد من الآراء الجديدة التي تضمنت الجمع بين الأحكام التقليدية والاتجاهات الجديدة تماماً، فنشأت بذلك مرحلة تتوسط ما بين التقليد والاجتهاد في معناه الحقيقي. وإذا أخذنا بأسلوب التحليل القانوني المألوف في مثل هذه الظروف فإن

(3) يشير المؤلف بذلك إلى بعض التجديدات المعتمدة على المصلحة وحدها والتي سيذكر بعض أمثلتها بعد قليل.

من الممكن أن نصنف هذا النمط من الإصلاح ضمن «الاجتهاد الشكلي غير الحقيقي» وأن نعتبر حكم الوصية الواجبة الذي استحدثه قانون الوصية المصري الصادر سنة 1946 م [1366 هـ] مثالاً لهذا النوع من الاجتهاد.

لقد لقي مبدأ «التنزيل» في الميراث اعترافاً ضئيلاً في الفقه الإسلامي التقليدي؛ إذ أجاز الشافعية والحنابلة تطبيقه في المجال الخاص بميراث بعض ذوي الأرحام الذين يحلون ـ طبقاً لهذا المبدأ المصطلح عليه عندهم بالتنزيل ـ محل الوارث الأصلي (صاحب الفرض أو العاصب) المتوفى من قبل، والذي يدلون به إلى الميت، ليتحدد استحقاقهم تبعاً لذلك، فيرث ولد البنت على سبيل المثال ميراثها، ويأخذ أبو الأم نصيب الأم[4].

أما الفقه الحنفي فيتحدد فيه استحقاق هذه الطبقة من الوارثين حسب مبدأ الأولوية الذي يكاد يتفق في طبيعته مع نظيره المطبق في توريث العصبات. ولذا فالأصول يقعون في مرتبة أدنى من مرتبة الفروع الذين يحجبونهم[5]. بيد أنه إذا تزاحم

---

(4) لا ميراث لذوي الأرحام عند المالكية، فإذا بقي شيء بعد إعطاء أصحاب الفروض أو لم يكن أحد منهم موجوداً ولم يوجد عصبة نسبية ولا سببية كان الميراث لبيت المال مطلقاً، حاشية الدسوقي: 468/4. وهو عند الشافعية لبيت المال إن كان منتظماً. فإن لم يكن منتظماً وبقي شيء من التركة ففي المذهب وجهان «أحدهما أنه يرد على أهل الفروض على قدر فروضهم إلا على الزوجين. فإن لم يكن أهل فرض قسم الباقي على ذوي الأرحام على مذهب أهل التنزيل، فيقام كل واحد منهم مقام من يدلي به. فيجعل ولد البنات والأخوات بمنزلة أمهاتهم، وبنات الأخوة والأعمام بمنزلة آبائهم، وأبو الأم والخال بمنزلة الأم، والعمة والعم من الأم بمنزلة الأب، لأن الأمة أجمعت على الإرث بإحدى الجهتين، فإذا عدمت إحداهما تعينت الأخرى»، والقول الآخر شبيه برأي المالكية وهو الأرجح في المذهب. انظر المهذب: 31/2، ولا يتردد الحنابلة هذا التردد، فيقضون بتوريث ذوي الأرحام عند عدم العصبة وذوي الفروض غير الزوجين. وكيفية توريثهم في هذا المذهب أنهم «يرثون بالتنزيل، وهو أن تجعل كل شخص منهم بمنزلة من أدلى به، فولد البنات وإن نزل كالبنات، وولد بنات الابن كبنات الابن، وولد الأخوات كأمهاتهم، شقيقات كن أو لأب أو لأم... ثم تجعل نصيب كل وارث بفرض أو تعصيب لمن أدلى به...» كشاف القناع: 456/4، فتوريث الأرحام بالتنزيل مذهب الحنابلة وقول في المذهب الشافعي.

(5) يلحق الأحناف استحقاق الميراث لذوي الأرحام بالاستحقاق بالتعصيب، ولذا يقدم الأقرب فالأقرب، ويستحق الأقرب منهم جميع المال، انظر المبسوط: 4/30 وما بعدها. ويطلق على الأحناف بلحظ هذا المعنى: (أهل القرابة). ويتوجهون ضد أهل (التنزيل) الذين سبق ذكر رأيهم بأن ما يقولون به يؤدي أحياناً إلى خطر كبير، «وهو حرمان المدلي بكون المدلي به رقيقاً أو كافراً، فإن الإنسان لا يجوز أن يكون محروماً عن الميراث بمعنى غيره. ولو كان رق المدلي به يوجب حرمانه لكان موت المدلى به موجباً حرمانه أيضاً. وإذا ثبت أن في الحجب والحرمان لا يعتبر المدلي =

عدد من الورثة المستحقين جميعاً بفضل تساويهم في الجهة والدرجة فإن الفقيهين الحنفيين أبا يوسف والشيباني يختلفان في الأسس التي تحكم مقدار ما يناله كل منهم من التركة فعلاً. فرأى أبو يوسف وجوب توزيع التركة على الورثة بالنظر إلى أشخاص الفروع المستحقين أنفسهم، على حين ذهب الشيباني إلى وجوب توزيعها بالنظر إلى الأصول الذين يدلي بهم هؤلاء المستحقون إلى الميت. ويتجلى الخلاف بينهما بأوضح صوره في حالة تزاحم أحفاد الميت المختلفة أصولهم التي يدلون بها إليه على نحو يوجب تطبيق المبدأ الأساسي القاضي بإعطاء الذكر ضعف نصيب الأنثى المساوية له في الجهة والدرجة. فمثلاً إذا انحصر التزاحم بين «زيد»، ابن بنت بنت الميت، و«فاطمة» بنت بنت ابن الميت كان لزيد عند أبي يوسف ثلثا التركة ولفاطمة الثلث الباقي. أما الشيباني فإنه يطبق قاعدة إعطاء الذكر ضعف نصيب الأنثى بالنسبة للطبقة الأولى التالية للميت [الأصول] مستخرجاً النصيب المفترض لبنت الميت وابنه أولاً، كي ينتقل ما يخص كلا منهما بعد ذلك إلى فرعه الوارث له. ويفضي ذلك إلى نتيجة مقابلة تماماً لما انتهى إليه أبو يوسف[6].

وهذا الشكل الجزئيّ «للتنزيل» الذي لا يحدد مجرد الاستحقاق في التركة من عدمه فحسب بل ومقدار النصيب الذي يأخذه الوارث هو مبدأ معمول به في نظام الميراث الشيعي كله[7]. بيد أن هذا المبدأ ـ فيما سوى تطبيقاته الضيقة السابقة ـ لا عمل له لدى أهل السنة، خاصة فيما يتعلق بالجهات الأساسية للورثة، حيث يعمل المبدأ المألوف لكل المذاهب والقاضي بأن الوارث الأقرب في الدرجة يحجب الأبعد دائماً. وعلى الخصوص فإن الأحفاد الذين توفي آباؤهم وأمهاتهم محجوبون تماماً من أي حق لهم في الميراث بوجود ابن الميت.

وقد كانت هذه النتيجة الأخيرة المتمثلة في عدم تنزيل الأحفاد هنا منزلة المتوفى من طبقة الفروع الأولى هي التي اعتبرت بعينها خللاً خطيراً في أحكام الميراث التقليدية، الأمر الذي بادر المجددون المصريون لعلاجه عن طريق نظام «الوصية الواجبة». وفي ظل قانون 1946 م [1366 هـ] فإن الأحفاد الذين توفي آباؤهم

= به فكذلك في الزيادة والنقصان لا يعتبر المدلي به، وإنما يكون استحقاقه باعتبار وصف فيه وهو القرابة، ولكن يقدر الأقرب لاعتبار معنى العصوبة». المبسوط: 5/30.

(6) انظر ذلك في المبسوط: 8/30.

(7) الأصل عند الشيعة هو قيام الأدنى في الدرجة من الورثة مقام قريبه الذي يدلي به. انظر الكافي للكليني الرازي: 77/7, 88, 105, 117 وغيرها، طبعة طهران سنة 1391 هـ.

وأمهاتهم - مع وجود ولد للميت - يستحقون نصيب هؤلاء الآباء أو الأمهات كما لو كانوا على قيد الحياة، مع وجوب قصر هذا النصيب أحياناً على مقدار ثلث التركة، كحد أقصى، وهو الحد المعترف به في الوصايا الاختيارية. ويشترط ألا يكون هؤلاء الأحفاد قد أخذوا مثل هذا النصيب من المتوفى بطريق الهبة أو الوصية أو غيرهما[8]. وقد أخذ بهذا الأسلوب نفسه في سوريا 1953 [1373] وتونس سنة 1957 م [1377 هـ] والمغرب سنة 1958 م [1378 هـ] وإن ذهب القانونان السوري والمغربي إلى قصر الحكم بالوصية الواجبة على أولاد الابن وحده دون أولاد البنات.

ويندرج هذا الإصلاح ضمن مسائل الميراث أساساً، كما يتضح تماماً من طبيعته العامة ومن الحكم الخاص بتطبيق استحقاق الذكر ضعف نصيب الأنثى عندما يجتمع الذكور والإناث المستحقون لهذا النوع من الوصية؛ فالقاعدة المألوفة في الوصية لطبقة معينة أن يشترك الموصى لهم في الاستحقاق، عند الإطلاق، بالتساوي دون نظر إلى الجنس. بيد أن المجددين قد لجأوا إلى أسلوب الوصية بحكم أنها هي التي تقدم الأساس الأصوب من الناحية الفقهية لإعطاء الأحفاد نصيباً من التركة. ذلك أن بعض الفقهاء قد خالفوا رأي الجمهور في اعتبار الأمر القرآني بالإيصاء للأقربين منسوخاً تماماً بأحكام المواريث اللاحقة له. بل رأى الشافعي نفسه أن الإيصاء للأقربين غير الوارثين ما يزال مندوباً إليه[9]، على حين اعتبر الفقيه الظاهري ابن حزم مثل هذه الوصية واجبة في حقيقتها[10]. . ثم إن بعض الفقهاء قد انتصروا للقول بأن من حق المحكمة

---

(8) انظر ذلك بالتفصيل في كتاب الأستاذ المرحوم محمد أبي زهرة أحكام التركات والمواريث. ص 279 وما بعدها. وقد كان الباعث على هذا القانون - كما ذكر الأستاذ الفاضل - أنه «في أحوال غير قليلة يموت الشخص في حياة أبيه أو أمه، ويحرم هو وذريته من ميراثه الذي كان يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه، وبذلك يصير أولاده في فقر مدقع، مع أن أعمامهم يكونون في سعة ورغد من العيش، يجتمع لأولئك اليتامى مع اليتم وفقد العائل الحرمان. ويضطرب ميزان التوزيع في الأسرة، ويصير بعضهم في متربة بسبب موت أبيهم المبكر. . . فجاء قانون الوصية وقرر ذلك المبدأ، واعتبره وصية واجبة وتعلق واضعوه ببعض نصوص القرآن الكريم وآراء بعض فقهاء التابعين ورأى لابن حزم ونص على ذلك في المواد 76, 77, 78؛ من ذلك القانون.

(9) عبارة الشافعي في الرسالة ص 145 بتحقيق شاكر: «ومن أوصى له الميت من قرابة وغيرهم جازت الوصية إذا لم يكن وارثاً، وأحبُّ إليَّ لو أوصى لقرابته».

(10) جاء في المحلي: 314/6 - «وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق وإما لكفر وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث أو لأنهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه لاحد في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الوصي، فإن كان والداه أو أحدهما على =

أن تفرض للأقارب المحتاجين حقاً في التركة إذا غفل الميت عن القيام بواجبه تجاههم. ومن ثم فقد ضم المجددون إلى هذه الحجج التقليدية تفسيرهم الخاص لروح الأحكام القرآنية في محاولتهم تحديد هؤلاء الأقربين الذين ينالون نصيباً من تركة الميت في الإطار السابق. ونظراً لتحقيق الهدف من تقديم حكم مناسب للظروف الحديثة دون خروج واضح على الموروث الفقهي، ولأن حقوق الموصى لهم بوصية واجبة ممن لا يسعهم أبداً الوصول إلى رتبة الورثة الأصليين تعد متممة لأحكام الميراث، لا معارضة لها، فإن التطور يقدم مثالاً من أكثر أمثلة التجديد الفقهي جاذبية وتأثيراً.

بيد أن الأهداف المنشودة من هذه المحاولة قد تحققت في الواقع دون وجود أي تأييد لها فيما تضمنته الحجج الفقهية التقليدية. ومن ثم فإن الحجة الحقيقية لهؤلاء المجددين في تأييد ما قالوا به هي التفسير الجديد ـ وإن كان مشروعاً وصحيحاً برغم جدته تلك ـ للمصادر الأصلية لأحكام الشرع: ويصح قياس هذا النجاح الذي تحقق لهم هنا بالتقنينات الحديثة المتعلقة بهذين الركنين المتلازمين اللذين تقوم عليهما سيطرة الرجل الاجتماعية، واللذين تنبني عليهما أحكام الأسرة الإسلامية على نحو ثابت منذ أيام النبي [ﷺ] وهما: حق الزوج في التعدد وجعل الطلاق بإرادته وحده.

ولعل هناك اتجاهاً طبيعياً في الآونة الأخيرة للمبالغة في تصوير ما تعانيه الزوجات المسلمات من تلك القيود الثقيلة التي فرضتها الأحكام الفقهية التقليدية. وبرغم أن حياة الكثيرات منهن قد تكون تعيسة في الواقع فإن هذه التعاسة لم تكن في الأغلب نتيجة مباشرة للقيود التي فرضتها الأحكام الفقهية ذاتها بقدر ما كانت ترجع إلى مسؤولية المجتمع. إذ أدى عزل المرأة عرفاً مع نقص وسائل التعليم المتاحة لها بصفة خاصة إلى جهلها بحقوقها القانونية وعدم قدرتها تبعاً لذلك على التمسك بها، أو الإفادة الصحيحة مما قدمه الفقه في حماية هذه الحقوق. ففيما يتصل بمعارضة حق الزوج في التعدد اعتبر المذهب الحنبلي ـ كما رأينا فيما سلف ـ اشتراط المرأة على الزوج ألا يتزوج عليها اشتراطاً نافذاً، كما كان مفهوم «الضرر» المالكي متوسعاً فيه إلى الحد الذي يتيح للمرأة الحصول على حكم قضائي بالتفريق إذا أصرت على ذلك في حال زواج زوجها عليها[11]. وأكثر من ذلك أن جميع المذاهب توافق على صحة نوعين اثنين

= الكفر ـ أو مملوكاً ـ ففرض عليه أيضاً أن يوصي لهما أو لأحدهما إن لم يكن الآخر كذلك. فإن لم يفعل أعطى أو أعطيا من المال ولا بد، ثم يوصي فيما شاء بعد ذلك... برهان ذلك قول الله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين﴾.

(11) لم يعتبر المالكية مجرد التعدد إضراراً بالزوجة الأولى، بحيث يجيز لها طلب الطلاق، ففي تقريرات =

من الطلاق، أولهما «الطلاق المعلق»، وثانيهما «الطلاق المفوض» فيمكن إقناع الزوج بتعليق وقوع الطلاق على حدوث أمر تحرص الزوجة على تجنبه، أو بتفويض سلطته في إنهاء الزواج تفويضاً مطلقاً أو مقيداً إلى أحد أقاربها المقربين (أو إليها طبقاً لرأي بعض الفقهاء) لإيقاع الطلاق عند نشوء بعض الأوضاع التي لا تطيب الزوجة بها نفساً. وقد حدد الفقه أسلوباً آخر لحماية وضع المرأة يتمثل في «مؤخر الصداق» حيث يصح اتفاق الأطراف على تأجيل قدر من المهر إلى حين انتهاء الزواج، فإذا كان هذا القدر كبيراً إلى حد كاف فمن الجلي أنه قد يؤدي إلى كبح جماح الزوج عن الممارسة المتسرعة لحقه في الطلاق.

بيد أن الحقيقة التي تبقى أمامنا، رغم الاهتمام الواضح لأحكام الفقه بوضع المرأة، هي أنه لا يمكن إنقاص سلطات الزوج الراسخة دون موافقة عن طيب نفس منه.. وكان مجددو الشرق الأوسط قد نجحوا عن طريق أسلوب الترتيبات الاذارية وقاعدة التخير في الابتعاد عن تطبيق أكثر أحكام المذهب الحنفي تشدداً وإن بقيت الحقوق الأساسية للزوج في التعدد والطلاق مصونة لم تمس. ومهما كانت القيود الواقعة على الأزواج في ممارسة هذه الحقوق بتأثير العوامل الاجتماعية والاقتصادية فإن مجرد وجودها في القانون قد شكل بذاته عقبة كأداء تعوق تحرر المرأة الحقيقي[12].

= الشيخ عليش المطبوعة على هامش حاشية الدسوقي: 345/2 ـ أن الضرر الذي يعطي الزوجة الحق في التطليق على زوجها «هو ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي وضربها كذلك وسبه أبيها كما يقع كثيراً من رعاع الناس، ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق كما هو ظاهر... لا بمنعها من حمام وفرجة، وتأديبها على ترك صلاة، أو تسر، أو تزوج عليها» ، فمن تعريف الضرر بهذا والنص على أن التزوج عليها ليس منه يتضح أن التعدد بذاته لا يعطي الزوجة الحق في التطليق على الزوج. وقد فهم مفتي مصر ـ خطأ ـ في معرض دفاعه عن قانون رقم 44 لسنة 1979 أن المالكية يعتبرون التعدد بذاته إضراراً يتيح للأولى حق طلب الطلاق. ومن الجدير بالذكر أن الدكتور محمد بلتاجي قد تكفل بتصحيح ذلك في كتابه: دراسات في الأحوال الشخصية ص 121 وما بعدها، فارجع إليه إن أردت.

(12) لا حق في شيء من ذلك على الإطلاق، فجعل الطلاق بيد الرجل موزون بكثير من التبعات الملقاة على عاتق الرجل وبإعطاء المرأة الحق في طلب الطلاق إن منعها الزوج شيئاً من حقوقها الأساسية أو أساء إليها وأضر بها. أما حقه في التعدد فهو موزون كذلك بواجباته المالية في الإنفاق على الزوجات والأولاد، وواجباته الأدبية في العدل بينهن. ومن جهة أخرى فإن للزوجة طلب التطليق عليه إذا قصر في الوفاء بهذه الواجبات أو أخل بها على نحو يؤدي إلى الضرر. لقد اصطنع تضخيم قضية معاناة المرأة في المجتمعات الإسلامية ـ كما قرر المؤلف قبل قليل ـ لأسباب عديدة، من أهمها ـ فيما أعتقد ـ الرغبة في الهجوم على الفكر الإسلامي، وإلهاء المسلمين عن =

وقد حدثت أولى محاولات علاج هذا الوضع عن طريق «الاجتهاد» فيما تضمنه قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر سنة 1953 م [1373 هـ] ففيما استدلت به «المذكرة التوضيحية» لهذا القانون أن القرآن قد أمر الأزواج ألا يعددوا زوجاتهم ما لم يكونوا قادرين من الناحية المالية على الوفاء باحتياجاتهن المختلفة على نحو مناسب. وقد أعطى كثير من الفقهاء - من بينهم الشافعي - هذا التفسير نفسه لآية التعدد، وإن حُمل الأمر هنا دائماً على محمل النصح الخلقي الملزم لضمير الزوج، بالرغم من وضوح حق المرأة المجتمعة مع غيرها في عصمة رجل واحد أن تحصل في المذهب المالكي في الأقل على حكم قضائي ينهي زواجها به إذا لم تتلق منه نفقتها الواجبة. بيد أن المجددين السوريين قد ذهبوا إلى وجوب اعتبار الأمر القرآني قيداً قانونياً حقيقياً لا بد من وجوده قبل السماح بالتعدد، وتلزم به المحكمة على هذا النحو عملاً بقاعدة «وجوب إغلاق الباب المؤدي إلى الضرر». وقد انضم هذا التفسير الجديد إلى الترتيب الإداري المألوف الذي ألزم بالتوثيق الواجب للزواج الثاني بعد إذن المحكمة به إذا هي وافقت عليه. وطبقاً لذلك فإن المادة السابعة عشرة من هذا القانون قد قررت أن للقاضي الامتناع عن الإذن للمتزوج باتخاذ زوجة ثانية إذا ثبت أن وضع الزوج لا يُمكنه من الإنفاق على الزوجتين معاً. بيد أن الزواج الثاني المنعقد على خلاف هذا الحكم لن يكون باطلاً، بل يتعرض أطرافه إلى بعض العقوبات القانونية، ولا تعترف به المحكمة عند الاحتكام إليها ما لم تأت الزوجة بولد من هذا الزواج أو يظهر حملها.

وبالنسبة للطلاق، الذي اعتقد البعض - بحق - أن الضرر الذي يلحقه بوضع المرأة أعظم بكثير مما ينالها من التعدد، فقد أدخل القانون السوري فكرة جديدة تتسم بالجرأة عندما أخذ بأن للزوجة التي طلقها زوجها دون سبب عادل حق التعويض بما لا يتجاوز نفقتها لمدة سنة. ويمثل هذا التجديد نوعاً من التطبيق لروح تلك الآيات القرآنية التي تأمر الأزواج بأن يمتعوا مطلقاتهم وأن يمسكوهن بالمعروف أو يسرحوهن بإحسان[13] . بيد أن هذه الآيات قد حملت إلى حد كبير كذلك في النظر الفقهي

= قضاياهم الأساسية. ففي مصر صدر القانون المشار إليه في التعليق السابق بأحكام جديدة في التعدد والطلاق رافعاً شعار تحرير المرأة، وذلك في ظل ظروف سياسية خطيرة. إن المشكلة الآن هي تحرير المرأة والرجل معاً من هؤلاء الأعداء الذين يسعون إلى الفتك بنا.

(13) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين﴾ ، البقرة: 236، وإلى قوله تعالى في السورة نفسها، آية: 241 ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين﴾.

التقليدي على محمل النصح الخلقي أكثر من الأمر القانوني الملزم للزوج، كما كان لها تأثير عملي محدود لدى هؤلاء الفقهاء الذين اعتبروا تقديم هدية صغيرة على سبيل المتعة للمطلقة أمراً واجباً على الزوج، غير أن فقهاء الأحناف قد رأوا أن المتعة إنما يجب دفعها إذا تم الطلاق قبل الدخول ولم يكن المهر مسمى بينهما. ومهما يكن من أمر فإن القانون السوري يمثل قطعاً المحاولة الأولى التي أخضعت دافع الزوج في الطلاق لتحقيق المحكمة مما قد يسفر عن عقوبته إذا تعسف في استعمال حقه.

وقد يرد الإحساس بأن الحكم بنفقة عام واحد في المتعة مجرد ثمن ضئيل في مقابل الطلاق المتعسف الذي لا يمكن تبريره إطلاقاً. وكذلك تبدو نصوص القانون حقيقة نوعاً من التراجع الحاد عما جاء في مقدمته صراحة من الحاجة إلى تبني موقف جديد تجاه أحكام الطلاق وإلى علاج ما تعانيه الحياة الزوجية من نقص رهيب في الإحساس بالأمان. ويشبه ذلك أن بالوسع إثبات أن أحكام القانون في التعدد قد جعلت ممارسته امتيازاً للأغنياء وحدهم. بيد أن من الطبيعي أن تتسم خطوات المصلحين الأولى في هذا الاتجاه الجديد بشيء من التردد وعدم الثبات. ومهما يكن الأمر فإن المغزى الحقيقي لأحكام القانون السوري لا يتمثل إلى حد كبير فيما تضمنته نصوصها بالفعل بقدر ما يتمثل في تلك الأسس الفقهية التي قامت عليها هذه الأحكام. لقد أدى الفهم المستقل لأوامر القرآن إلى الابتعاد لأول مرة عن تلك التفسيرات التي التزم بها النظر الفقهي ثلاثة عشر قرناً.

وهكذا تمكن قانون الأحوال الشخصية السوري من تحريك باب الاجتهاد الذي كان قد أحكم إغلاقه، ثم جاء قانون الأحوال الشخصية التونسي الصادر سنة 1957 م [1377 هـ] كي يفتح الباب على مصراعيه. وقد أوضح المجددون التونسيون متابعة منهم للآراء التي أثارها محمد عبده[14] قبل صدور هذا القانون بأكثر من خمسين سنة أن القرآن إنما أمر الزوج المعدد لزوجاته بوجوب العدل الكامل في معاملتهن فضلاً عن قدرته المالية على الإنفاق عليهن جميعاً. وكذلك لا ينبغي النظر إلى الأمر القرآني هنا باعتباره مجرد نصح أخلاقي، بل ينبغي النظر إليه باعتباره شرطاً قانونياً سابقاً على التعدد، بمعنى عدم السماح بالزواج الثاني إلا إذا قام دليل كاف يثبت أن هذا الزوج سيعدل بالفعل في معاملة أزواجه. غير أن هذه المعاملة العادلة فيما أعلنه هؤلاء المجددون لتبدو أمراً مستحيلاً من الناحية العملية في ظل الظروف الاقتصادية والاجتماعية الحديثة. وفي إيجاز: يتمثل المنطلق الأساسي للقانون في أن الشرط

(14) للاطلاع على رأي محمد عبده في التعدد، انظر: تفسير المنار 364/4 ط 1366 هـ.

الضروري للتعدد غير مقدور على تحقيقه. ومن ثم حرم هذا القانون[15] التعدد مطلقاً.

ولعل «اجتهاد» القانون التونسي كان أكثر عمقاً من نظيره السوري السابق فيما يتصل بموضوع الطلاق أيضاً، حيث اعتمد التجديد هنا كذلك على الآراء التي قال بها محمـد عبده[16] فقد أمر القرآن عند حدوث الشقاق بين الزوجين بتعيين حكمين، وإن اقتصر التطبيق العملي لهذا الحكم في الماضي على ما اقترحه المالكية من إجراءات ترسم كيفية التحقيق عند اتهام الزوجة زوجها بسوء العشرة. بيد أن هؤلاء المجددين يحتجون بقولهم: ما الذي يدل على حدوث الشقاق بين الزوجين أكثر من إيقاع الزوج الطلاق؟ ومن أكفأ بالقيام بالتحكيم بينهما في هذه الحالة من المحاكم الرسمية؟ واستناداً لذلك ألغى القانون التونسي حق الزوج في تطليق زوجته إلا في مجلس القضاء، حيث نصت مادته الثلاثون على أنه لا أثر من الناحية القانونية للطلاق الواقع بعيداً عن المحكمة. ورغم أن مثـل هـذه المحكمـة لا تستـطيـع رفض إنهاء الـزواج إذا أصر الـزوج على التطليق فقد تميز هذا القانون بملمحين أساسيين يلفتان النظر بصفة خاصة. أولهما: أن المحكمة سلطة واسعة في منح الزوجة من التعويض ما يقابل الضرر الذي عانته من الطلاق. وثانيهما أن الزوجين يعاملان في هذا الصدد على قدم المساواة تماماً؛ فإن للزوجة الحق أيضاً في أن تصر على التفريق دون إبداء أسباب محدودة، وللمحكمة في هذه الحالة القضاء بتعويض الزوج في الظروف التي تستدعي ذلك.

ومن الجدير بالملاحظة في هذا الصدد أن القانون الجزائري الصادر سنة 1959 م [1379 هـ] الذي تابع نظيره التونسي في جعل الطلاق بيد القاضي دائماً قد اتجه اتجاهاً واضحاً إلى وجوب القضاء بالتفريق للخروج بمجرد طلبه ذلك، رغم أنه لا يقضي به للزوجة إلا إذا أثبتت قيام أسباب وجيهة تبني عليها هذا الطلب[ق].

---

(15) لا يصح اعتبار هذا النوع من النظر داخلاً في الاجتهاد بمعناه الفقهي، فالشرط المجمع عليه في الاجتهاد ألا يكون في مورد النصوص الشرعية وألا يأتي بحكم يناقض ما قررته هذه النصوص. وقد حرم القانون التونسي التعدد، خلافاً للحكم الذي نص عليه القرآن، وهو إباحته بقوله تعالى: ﴿**فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع**﴾. النساء: 3. ونظراً لذلك فإن ما انتهى إليه القانون التونسي في هذه المسألة ليس إلا من باب الخروج الواضح على الأحكام الشرعية.

(16) الفرق شاسع بين آراء محمد عبده في الطلاق - برغم أنها لا تتميز بشيء خاص - وبين ما انتهى إليه القانون التونسي، بل إن هذا القانون قد اعتمد على المفاهيم الغربية، لا على آراء الفقهاء المسلمين.

ومن ثم فإن تفسير القرآن «على نحو جديد»[17] قد حقق في تونس هذه التجديدات التي تكاد لا تقل ثورية عن نظائرها التي صدرت في تركيا منذ ثلاثين سنة حين أخذت بالقانون المدني السويسري[18]. ورغم ذلك فإن ممارسة الاجتهاد في العالم العربي ما تزال أمراً استثنائياً أكثر من أن تكون هي القاعدة. وإنما يلجأ إليه حينما لا يمكن تحقيق التجديدات المنشودة مع الحفاظ الشكلي على الالتزام بالتقليد. ويبدو من النظر إلى أحدث التقنينات الشرعية أن المجتمع الإسلامي في الشرقين الأدنى والأوسط بوجه عام لم يتقبل بعد المنهج التونسي المتطرف فيما يتعلق بهاتين المسألتين الأساسيتين ـ التعدد والطلاق ـ في الأقل. فقد أخذ القانون المغربي الصادر سنة 1958 م [1378 هـ] بتحريم التعدد إن خيف الوقوع في الجور. غير أنه لما كان لا حقّ للمحكمة في التدخل إلا بعد حدوث الجور الناشىء عن التعدد فعلاً، لكي تقضي في هذه الحال بإنهاء الزواج فإن القانون في مثل هذه الظروف لا يبعد عما يقضي به النظر المالكي المحافظ. ولئن كان تعويض الزوجة في أحوال الطلاق المضر بها هو أحد التجديدات التي أخذ بها هذا القانون فإنه قد استبقى اعتبار ما يقع من الطلاق بعيداً عن القضاء صحيحاً تماماً ونافذاً. أما في ظل قانون الأحوال الشخصية العراقي الصادر سنة 1959 م [1379 هـ] فإن القاضي لا يمنح إذنه الضروري بالزواج الثاني إلا إذا اطمأنت نفسه ـ حسبما يتضح له إلى:

1 ـ أن الزوج قادر مالياً على الإنفاق على الزوجة الثانية.

2 ـ وأن هناك مصلحة مشروعة في هذا الزواج.

3 ـ وأنه لا خوف من احتمال وقوع الجور في المعاملة.

ولا يحكم القانون العراقي بالتعويض في حالات الطلاق المضر بالزوجة، وإن

---

(17) لا يستطيع القائمون على القانون التونسي إقناع أحد باستناد أحكامهم بتحريم التعدد وجعل الطلاق بيد القاضي ـ إلى نصوص القرآن وفهمهم لها.

ومن الواضح أن هذا النوع من النظر الذي قاد إلى مثل هذه الأحكام إنما يسعى إلى هدف واحد، هو التمكين للمعايير الغربية في كل ما تختلف فيه مع أحكام الأسرة الإسلامية. ويمعن أصحابه في إخفاء هدفهم هذا؛ إذ لا يمكنهم الدفاع عنه بحجج مقبولة، نظراً لما تعانيه الأسرة الغربية من اضطراب؛ يظهر ذلك مما يقوله جوزيف شومبيتر في كتابه الرأسمالية والاشتراكية والديمقراطية عن ظواهر نقص المواليد وانخفاض معدلها، وارتفاع نسبة الطلاق؛ وتفضيل البعض عدم الزواج. وهكذا لا يستند الاجتهاد الرامي إلى إقرار المعايير الغربية الثابت فشلها في بلادها إلى مصلحة ولا إلى نص.

(18) يدل هذا وحده على طبيعة هذا النوع من النظر الذي استند إليه القانون التونسي في تحريم التعدد وجعل الطلاق بيد القاضي.

طلب من الزوج الذي يريد التطليق الحصول على حكم من المحكمة بهذا الشأن في الظروف العادية.

وقد أصدرت باكستان عام 1961 م [1381 هـ] مرسوماً بقانون أحكام الأسرة للمسلمين يعد من أحدث أعمال المجددين التشريعية في العالم الإسلامي. ويمثل هذا القانون المحدود والمكون من ثلاث عشرة مادة النتيجة النهائية لمقترحات تقدمت بها لجنة كانت قد تشكلت عام 1955 م [1375 هـ] للنظر في الإصلاحات التي يمكن الأخذ بها في مجال التشريع الأسري. وقد كانت اقتراحات هذه اللجنة وقت نشرها على قدر كبير من التحرر حتى أثارت عاصفة من الجدل، كما يبدو من ذلك التقرير المستقل الذي كتبه أحد أعضاء هذه اللجنة معلناً خلافه لما انتهت إليه[19]. غير أن التجديدات التي تضمنها هذا القانون بالفعل تبدو معتدلة بصورة واضحة إذا قورنت بتلك التشريعات الحديثة الصادرة في الشرق الأوسط، خاصة وأنه قد أخذ بمقترحات هذه اللجنة على نحو جزئي فقط.

لقد أوجبت نصوص هذا القانون إقامة مجالس للتحكيم، تتألف من رئيس وممثل

---

(19) تألفت هذه اللجنة من سبعة أعضاء، واحد منهم فقط يمثل علماء الشرع هو مولانا حشمت الحق الذي لم يوافق على مقترحات هذه اللجنة، التي غلب عليها الاتجاه العلماني. وكانت أهم هذه المقترحات بالإضافة إلى ما ذكره المؤلف هي:

(أ) إيجاب توثيق الزواج والطلاق بشهادة رسمية.

(ب) تحريم الزواج مطلقاً ما لم يبلغ الزوج ثمانية عشر عاماً والزوجة خمسة عشر.

(ج) وجوب إنشاء محاكم خاصة للنظر في الخلافات بين الأزواج، وتكليف القضاة بمهمة الإصلاح بين الزوجين عند التنازع.

(د) وقوع الطلاق المتعدد مفرداً.

(هـ) قصر السماح بالتعدد على الأحوال التي تقتضيه شريطة قدرة الزوج على الإنفاق على أكثر من زوجة، ودون أن يؤثر الوضع الجديد على مستوى المعيشة السابق للأسرة.

غير أن الأستاذ السابق الذكر - ومعه مجموعة من العلماء - لم يوافق على أكثر هذه المقترحات، فعارض في تقريره مبدأ وجوب التوثيق، اكتفاء بالشهادة وإعلان الزواج؛ المطلوبين في الشرع. ورفض كذلك تحديد سن معينة للزواج مطالباً بتجنب المصاعب الناشئة عن زواج الصغار عن طريق التربية والتثقيف. وهاجم أيضاً أي تدخل من السلطات الرسمية فيما يتصل بحق الرجل في التعدد، مبيناً عدم وجود مصلحة اجتماعية تقتضي هذا التدخل؛ ومشيراً إلى منافاة ذلك للمسلك المطبق في عصر الصحابة والتابعين ومن بعدهم. انظر في ذلك:

The Muslem Law of divorce, by K.N. Ahmad P. 1082. Published by: Islamic Research Institute, Pakistan.

لكل من الزوجين، مهمتها النظر فيما يتعلق بالمشكلتين الأساسيتين: التعدد والطلاق. وينبغي حصول الزوج على إذن كتابي من مجلس التحكيم إن رغب في الزواج بأخرى حال قيام الزواج الأول. وإنما يعطيه المجلس هذا الإذن «إذا اطمأن إلى ضرورة مثل هذا الزواج وعدم إفضائه إلى الجور». ومن الواضح إذن أن رضا الزوجة الأولى أو رفضها للزواج الثاني ذو أثر بالغ عند تقدير ضرورة هذا الزواج وعدالته، وإن كانت هناك بعض العوامل الأخرى الواردة ضمن الاعتبارات التي تؤخذ في الحسبان عند تقدير ذلك، كعقم الزوجة أو اعتلال صحتها أو جنونها[20]. وبرغم أن عدم الحصول على إذن المجلس قبل عقد الزواج الآخر لا يجعل مثل هذا الزواج باطلاً فإن ذلك من شأنه أن يعرض الزوج لثلاث[21] عقوبات:

1 ـ السجن في حدود سنة، أو تغريمه مبلغاً قد يصل إلى خمسة آلاف روبية، أو توقيع الأمرين معاً.

2 ـ إلزامه فوراً بدفع مهر الزوجة أو الزوجات التي تزوج عليهن جميعه، حتى وإن كان قد اتفق من قبل على تأخير دفع جزء منه إلى حين انقضاء الزواج.

3 ـ وأخيراً فإن للزوجة التي تزوج عليها الحق في الفرقة، طبقاً لهذه الفقرة التي ألحقها هذا القانون بقانون «الفرقة في الزواج بين المسلمين» الصادر سنة 1939 م[22].

وكانت هذه اللجنة التي تشكلت عام 1955 م قد اقترحت ألا يقع الطلاق إذا لم تأذن به المحكمة إلا إذا حكمت للزوجة بنفقة مناسبة. غير أن القانون قد اقتصر على

---

(20) قررت المادة السادسة من القانون المذكور «أنه ليس لأحد أن يتزوج بأخرى أثناء قيام الزواج الأول إلا بعد حصوله على إذن كتابي من مجلس التحكيم؛ وأنه لن يسمح بتوثيق الزواج الآخر إلا بعد الحصول على هذا الإذن» ثم حددت المادة نفسها أسلوب الحصول على هذا الإذن بأن على الراغب في مثل هذا الزواج التقدم بطلب إلى رئيس المجلس «مبيناً الأسباب التي تدعوه إلى ذلك وموقف الزوجة الأولى من الزواج المقترح» وعندئذ يسأله رئيس المجلس أن يعين ممثلاً له أو حكماً؛ كما يطلب من هذه الزوجة مثل ذلك. ويجري فحص الطلب في هذا الإطار؛ كي يصدر المجلس إذنه أو رفضه في النهاية.

(21) نصت المادة المشار إليها في التعليق السابق على جزاء آخر غير ما ذكره المؤلف، يتمثل في عدم توثيق الزواج الثاني إذا لم يأذن به المجلس. ولا يجر عدم التوثيق في القانون الباكستاني إلى تلك الصعوبات التي يؤدي إليها في القانون المصري ـ على سبيل المقارنة ـ وإنما يتعرض الزوج بسبب عدم التوثيق في القانون الأول إلى السجن في حدود ثلاثة أشهر أو للغرامة إلى مقدار ألف روبية.

(22) انظر فقرة (أ) من المادة الثالثة عشرة.

إلزام الزوج فور إيقاعه الطلاق بكتابة إعلام بذلك يسلمه إلى رئيس مجلس التحكيم، ويسلم صورة منه إلى الزوجة، وإلا تعرض للعقوبات التي فرضها هذا القانون. وبعد تسلم هذا الإعلام فإن عليه أن ينتظر انقضاء تسعين يوماً تجري فيها محاولات الصلح بينهما، فإذا فشلت هذه المحاولات صار الطلاق نافذاً. ونظراً لأن هذه القواعد هي التي تحكم إيقاع الطلاق بأية صورة فإن هذا يعني إبطال الآثار المباشرة للطلاق البائن بأشكاله المعروفة في الفكر الفقهي إبطالاً تاماً. غير أنه على الرغم من كون هذه النتيجة الأخيرة خطوة هامة إلى الأمام[23] فالحقيقة التي تبقى هي أن هذا القانون قد ترك للزوج سلطة توقيع الطلاق بإرادته الخاصة كما هي دون نقص من الناحية الموضوعية.

وخلافاً لما حدث في بلاد الشرق الأوسط المسلمة فإن الباكستان لم تحاول تقنين الأحكام الشرعية تقنيناً شاملاً، وإنما عمدت إلى تعديل بعض الأحكام المعمول بها في جوانب معينة فقط، تأسياً بالتقاليد الانجليزية في هذا الصدد. وفضلاً عن ذلك فإن مقترحات لجنة 1955 م ونصوص قانون 1961 م تبين بوضوح أن الاجتهاد الذي يزعم هؤلاء المجددون أنهم يستندون إليه في تجديداتهم اجتهاد ذو طبيعة مختلفة عن التفسير الجديد الذي عمد إليه مجددو الشرق الأوسط، نعم، قد يكون نظام مجالس التحكيم إسلامياً في إطاره العام غير أنه لا يمثل محاولة تهدف إلى تطبيق النص القرآني. كما أن تلك الأحكام المتعلقة بالتعدد إنما تحددت وفق النوازع الاجتماعية العامة، ولم تتقيد بتلك الأوامر القرآنية الخاصة بجانبي المقدرة المالية والمعاملة العادلة. ولا يخرج الأمر

---

(23) المعيار الذي طبقه المؤلف للحكم على هذه الخطوة بأنها «خطوة هامة إلى الأمام» هو معيار مستمد من ثقافته الغربية، وغير محايد لذلك. ومن الناحية الموضوعية فإن تقسيم الطلاق إلى رجعي وبائن بينونة صغرى وبينونة كبرى هو تقسيم فيه نظر إلى مصلحة الأسرة، من حيث أنه يتيح فرصة مناسبة لمراجعة الزوج نفسه - إن تعجل بإيقاع الطلاق مرة أو مرتين - والتفكير في الجوانب المختلفة لقراره هذا، فلعله يرى أن الخير في رجع زوجته إليه. أما إن فوت هذه الفرصة واستمر على موقفه إلى ما بعد انقضاء العدة فمعناه أن أسباب الخلاف بين الزوجين من القوة بحيث تحتاج إعادة العلاقة الزوجية بينهما إلى عقد جديد، بما يضمنه ذلك من حرية كل منهما في اختيار الدخول في هذا العقد أو رفضه. أما إن كان قد تكرر إيقاع الطلاق ثلاث مرات فمعنى ذلك أن أسباب الخلاف من القوة إلى الحد الذي يصعب معه ترجيح قيام الزوجين بواجباتهما لو عادت العلاقة الزوجية بينهما مباشرة. ولذا منعهما الله عز وجل في هذه الحالة من الرجوع إلا بعد أن يجرب كل منهما حظه في علاقة زوجية أخرى. فهذا التقسيم إذن منطقي ويقوم على رعاية مصلحة الأسرة التي ينبغي أن تستمر ما دامت قادرة على تحقيق ما أراده الله عز وجل لها. انظر آيات سورة البقرة 228, 229, 230.

هنا عما كان عليه الحال دائماً منذ أولى محاولات تقنين الأحكام الشرعية في شبه القارة الهندية، حيث لم ينل موضوع الأسس الفقهية للتجديد ذلك الاهتمام الذي حظي به في الشرق الأوسط. وهكذا فإن المسألة تتلخص في أن القانون الباكستاني السابق الذكر قد استبقى الطابع الخاص بالقانون «الأنجلو اسلامي» على نحو يتسم بالواقعية، وذلك يتفق إلى حد كبير مع المزاج الراهن للباكستان وتطلعاتها[24].

وقد خضعت طوائف الفرق الإسلامية لأحكام التقنينات الحديثة التي صدرت على أسس قومية، وإن ظلت في المسائل التي لم تمتد إليها هذه التقنينات محافظة على الاحتكام لأنظمتها الفقهية الخاصة بها في مجال الأسرة. وذلك على سبيل المثال هو حال الشيعة الاثني عشرية والإسماعيلية في شبه القارة الهندية، والشيعة الاثني عشرية في العراق، والإباضية في الجزائر. أما بالنسبة لتلك المناطق التي تستقل فيها هذه الطوائف فإن مشكلات التجديد الفقهي وخاصة فيما يتعلق بالأحوال الشخصية أقل بكثير مما يصادف البلاد الإسلامية السنية في هذا الصدد، من جهة أن هذه الفرق لم تعترف أبداً بمبدأ «التقليد» في شكله السني. بيد أن الزيدية في اليمن والإباضية في الجزائر لم يجدوا أي دافع حقيقي للتجديد بعد، على حين أن القانون المدني المطبق حالياً في إيران ـ وهي معقل الاثني عشرية ـ الذي يضم أحكام الأسرة قد احتفظ إلى حد كبير في هذا المجال الأخير بتلك النظرة التقليدية، وإن تضمن بعض الأحكام التي تميزه عن هذه النظرة، كتحريمه زواج الصغار وكإيجابه توثيق الزواج، والتي قد يصح القول الآن باشتراك القوانين الإسلامية جميعاً في الأخذ بها.

وتتناقض القوانين الحديثة المعمول بها لدى طوائف الإسماعيلية في خارج الهند أبلغ تناقض مع أسلوب الإصلاح المأخوذ به في البلاد الإسلامية السنية، حيث لا تستند تلك التغييرات الجذرية التي تطبقها هذه الطوائف إلا إلى السلطة التشريعية

---

(24) قد يكون هذا الاستنتاج متفقاً مع الظروف السياسية والثقافية التي عاشتها باكستان زمن تأليف الكتاب.

أما في الفترة الأخيرة فإن الشواهد تدل على تجمع الجهود ـ على المستوى الرسمي ـ للتعبير عن الوجه الإسلامي لباكستان. وتكفي الإشارة في هذا الصدد إلى قوانين الزكاة والحدود، حيث جرى تقنين أحكام الشريعة في هذين المجالين، ووضعت موضع التطبيق، وذلك فضلاً عن تلك المحاولات الجادة الرامية إلى صبغ النشاط الاقتصادي والمصرفي بالصبغة الإسلامية. ومعنى ذلك أن تطلعات الشعب المسلم الحقيقية في باكستان قد وجدت أخيراً نوعاً من التعبير عنها في مجال التغير القانوني.

الموسدة لإمامهم «أغاخان». ومن ثم كان تحريم الزواج قبل بلوغ سن الثامنة عشرة للأولاد والسادسة عشرة بالنسبة للبنات، فيما تضمنته أحكام سموه وتوجيهاته للمجالس الإسماعيلية الأغاخانية في أفريقيا أمراً لا يتطلب أي سند فقهي آخر سوى مشيئة هذا الإمام. وقد نسخ هذا الحكم بطبيعة الحال ما كان معمولاً به في هذا الصدد لدى الإسماعيلية في شرق أفريقيا، وهو الأمر الذي لم تستوعبه تماماً محكمة الاستئناف الخاصة بهذه المنطقة كما يفهم من حكم حديث لها في هذا المجال(ر). وعلى هذا الأساس نفسه استند القانون الجديد للشيعة الإمامية الإسماعيلية في أفريقيا لسنة 1962 م بشأن التحريم الكامل للتعدد وقصر وقوع الطلاق على صدور حكم به من المجلس، وقبول الأصل المتمثل في كسب ولد الزنا شرعية النسب بالزواج اللاحق لوالديه، خلافاً لما استقر عليه الفقه الإسلامي كله.

ويصح أن نلاحظ أخيراً أن قانون الأحوال الشخصية المعمول به لدى طائفة الدروز اللبنانية والصادر سنة 1948 م [1368 هـ] قد قضى أيضاً بحرمة التعدد مطلقاً وعدم وقوع الطلاق حتى يؤيده حكم من قاضي الطائفة، الذي أسند إليه حق تعويض الزوجة عما لحقها من ضرر بالطلاق إذا أوقعه الزوج دون دافع معقول(ش).

بيد أن أخذ أهل السنة بمثل هذه «التجديدات الجذرية» قد أصبح أمراً ممكناً بعد أن خرج التفكير الفقهي من فترة التناقض الداخلي الطويلة معلناً انتصاره للاجتهاد، في الأقل، في تلك الحالات التي يعد فيها ذلك ضرورياً لتحقيق التجديد المنشود. وقد يعترض المحافظون ـ كما هو ظاهر في انتقاداتهم فعلاً ـ على أنشطة المجددين بأن تفسير نصوص الشرع يجب أن يتسم بالحياد والموضوعية، على حين أن ما سمي «بالاجتهاد الجديد» يكاد يكون قسراً لنصوص الوحي، كي تتفق مع المفاهيم الخاصة التي استقر عليها هؤلاء المجددون سلفاً تبعاً لدوافع ذاتية. بيد أن التاريخ التشريعي يبدي أن الظروف الاجتماعية السائدة كانت ذات تأثير كبير على الفكر الفقهي الإسلامي في فترة نشأته الأولى وأن الفقهاء الباكرين ـ بصرف النظر عما تأخذ به النظرية الفقهية التقليدية ـ قد فسروا القرآن بالفعل في ضوء هذه الظروف[25]. ومن هذا المنطلق يصح

---

(25) لا تصح هذه القضية على إطلاقها، فقد قام الفقهاء المسلمون في العصور المختلفة بتفسير القرآن وفق قواعد موضوعية لا تختلف من حيث النظر ـ في الأقل ـ في أسسها العامة.

ومع ذلك فمن الطبيعي أن نجد في التراث الإسلامي محاولات مستميتة من أصحاب التيارات المختلفة بهدف تأصيل أفكارهم ورجعها إلى نصوص القرآن والسنة، وهو الأمر الذي يعكس تأثر التفسير أحياناً باتجاهات المفسرين وميولهم. غير أنه لا يصح لأحد ـ بأي حال من الأحوال ـ أن =

للمجتهدين المحدثين تأكيد أنهم لم يحذوا حذو أسلافهم فحسب، بل وأنهم يكملون ما أنجزه هؤلاء الأسلاف؛ فإنه لما يحتمل النقاش في الأقل أن التشريع التقليدي قد انتقص من مقاصد القرآن بإنزاله كثيراً من نصوصه المتعلقة بمعاملة المرأة منزلة الأوامر الخلقية. أما المجددون المحدثون فقد أولوا هذا النوع من المقاصد القرآنية عناية فائقة، كما أنهم أولوا هذه العناية ذاتها لبعض الأحاديث التي نسبت إلى النبي [ﷺ] في هذا الشأن، كحديث «أبغض الحلال إلى الله الطلاق»[26]. ومن ثم فقد يصح القول بقيام تأليف جديد من القانون والخلق، من شأنه أن يؤدي إلى تطبيق روح الأحكام الشرعية على نحو أكثر وضوحاً، وأياً ما كان الأمر في شأن تلك الأسس النظرية التي يقوم عليها «الاجتهاد الجديد» أو في النتائج التي يقود إليها فقد كان أثره العملي الذي لا ينكر، وما يزال، هو بث دبيب الحياة والحركة في النظر الفقهي. إن عصر التقليد ليبدو الآن أشبه بفترة ركود طويلة في تاريخ التشريع الإسلامي. لكن هذا الركود قد أخلى مكانه الآن للتدفق الجديد والنمو المرتقب[27].

= يستند إلى الأمثلة التي تأثر فيها المفسرون بآرائهم ليقرر ـ منهجياً ـ حق كل مفسر في خلع آرائه الخاصة على نصوص القرآن أو السنة. فلو أجزنا هذا ـ وهو ما يريده المؤلف ـ لامتنع العمل بهذه النصوص، ولما أمكن الرد إلى الله ورسوله عند التنازع، ولارتفع معنى التكليف تماماً.

(26) ذكره أبو داود وابن ماجه برواية ابن عمر، انظر نيل الأوطار: 2/7.

(27) اهتم المؤلف في هذا الفصل بتحديد أبعاد منهج التجديد الفقهي الذي أطلق عليه اسم «الاجتهاد الجديد»، مستخلصاً ذلك من تتبع التقنينات الصادرة أخيراً في البلاد الإسلامية، وعلى نحو تختلط فيه المعالجة الموضوعية بالتعبير عن الآراء الذاتية للمؤلف. وقد مهد المؤلف لنتائج هذا الفصل بتحديد وضع التشريع في البلاد الإسلامية في العصر الحديث، وذلك ببيانه في الفصل الحادي عشر أثر النفوذ الأجنبي في إلجاء الأخذ بأحكام هذا التشريع إلى مجال الأحوال الشخصية وإحلال قوانين غربية محله في المجالات الأخرى. وبرغم أن المؤلف يضع يده على السبب الأساسي والمباشر لحدوث هذه الظاهرة، كما يتضح من العنوان الذي أطلقه على هذا الفصل المشار إليه، فإنه يتشبث بإلقاء عبء كل ذلك على ما أسماه بالتناقض بين أحكام الفقه التقليدية ومصالح المجتمعات الإسلامية، منطلقاً من هذا الافتراض إلى البحث في مناهج المجددين وأساليب تناولهم الرامية إلى التوفيق بين أحكام هذا الفقه ومصالح مجتمعاتهم. فنراه يخصص الفصل الثاني عشر للتجديد عن طريق الترتيبات الإدارية وإجراءات تنظيم التقاضي، متتبعاً أسلوب المنع من سماع الدعوى، ومتعرضاً له بالنقد، كما رأيناه يخصص الفصل الثالث عشر للنظر في أسلوب التخير من الآراء الفقهية المختلفة. ويعيب المؤلف هذا الأسلوب ـ كما عاب على سابقه ـ من جهة أن المجددين قد اضطروا في رأيه للتفتيش في التراث الفقهي والأخذ منه بما يوافق مصالح مجتمعهم، نظراً لقوة الاتجاه التقليدي. وحين ضعف هذا الاتجاه استطاع المجددون إظهار أهدافهم الحقيقية =

والاعتماد على اجتهاداتهم الخاصة التي أريد منها التعبير المباشر عن مصالح المجتمع العملية في تحديد هؤلاء المجددين لها. وأجمل ملاحظاتي ـ التي قد تلقي بعض الضوء على معالجة المؤلف لنوع الاجتهاد الذي ينتصر له ـ في النقاط التالية:

1 ـ «الاجتهاد الجديد» الذي يقصده المؤلف مختلف فيما يبدو عن الاجتهاد المحدد أصولياً؛ إذ على حين يعني الثاني استفراغ الوسع في الوصول إلى الحكم الشرعي بالاعتماد على قواعد الاستنباط الأصولية فإن الأول يتجه إلى أن يكون الهدف منه مجرد الوصول إلى حكم يراعي الاتجاهات السائدة ويخضع لها دونما تقيد بقواعد الاستنباط الأصولية. وخروج مفهوم هذا النوع من الاجتهاد عن المعنى الشرعي لهذا المصطلح هو السبب في غموض معالجة المؤلف، خاصة وأنه لم يقم بتحديده بشكل مباشر، كما أنه السبب في عدم استقامة كثير من النتائج التي انتهى إليها. من ذلك ـ مثلاً ـ تسويته بين نوع الاجتهاد الذي دعا إليه محمد عبده في أواخر القرن الماضي وبين الاجتهاد الذي دعا إليه الشاعر محمد إقبال؛ والذي دعا إليه محمد عبده هو الاجتهاد بمعناه الفقهي، على حين انتصر إقبال للاجتهاد بمعناه الآخر.

2 ـ يقوم «الاجتهاد الجديد» في اصطلاح المؤلف على التحرر من التفسيرات الفقهية السابقة، وإعادة تفسير النصوص ـ التي يعتبرها المؤلف فضفاضة وذات طبيعة خلقية ـ في ضوء ظروف العصر ومصالح المجتمعات الجديدة، والمتأثرة في تحديدها بمفاهيم هذه الحضارة الغربية وقيمها. ومن هذا ـ وحده ـ يتضح هدف المؤلف في الانتصار لمفاهيم هذه الحضارة، وإصراره على أنها تمثل المعيار النهائي الذي يجب الأخذ به. وهو يحكم بهذا المعيار دائماً؛ فقد رأيناه ينتقد المنع من سماع الدعوى ومنهج التخير من الآراء الفقهية، بحكم أنهما لا ييسران هدف الاستمداد من الغرب دائماً، محتفظاً بتأييده لهذا اللون من الاجتهاد الذي يمكن عن طريقه تبرير أي رأي، كإلغاء التعدد فيما أخذ به القانون التونسي، وجعل الطلاق بيد القاضي فيما أخذ به هذا القانون وغيره.

3 ـ البديل لهذه الخطة التي لا تهدف إلا إلى فرض نفوذ التشريع الغربي والتنكر للتراث الفقهي الإسلامي ـ الذي كان ذا أثر بالغ على تطور التشريع الانجليزي نفسه في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، الأمر الذي تدل عليه مقدمة ترجمة هاملتون للهداية في القرن الثامن عشر وقيام قضاة من الانجليز بتطبيق أحكام هذا التشريع في الهند ـ هو قبول منهج أكثر تكاملاً وأوثق صلة بتراثنا وأقوى تعبيراً عن روح هذه الأمة ومعتقداتها. ويتمثل أساس هذا المنهج في إعمال النصوص الشرعية ورعاية مصالح المجتمع معاً، فإنه لا تعارض بينهما كما قرر المدققون من الفقهاء. وطبقاً لذلك فإن أساليب المنع من سماع الدعوى في بعض الأحوال التي تقتضيها المصلحة والتخير من الآراء الفقهية أو التلفيق بينها حسب قوة الدليل ـ بما يشمله من الالتفات إلى المصالح ـ هي أساليب لا تزل صالحة للاعتماد عليها في تحقيق التجديد التشريعي. ومن الناحية الواقعية فإننا نلاحظ أن التقنينات المدنية الصادرة أخيراً في العراق والكويت والأردن قد اعتمدت على كل ذلك فيما أخذت به من أحكام. وبوسع المجددين كذلك أن يبادروا إلى الاجتهاد في الأحوال التي تقتضيه، شريطة عدم التناقض مع نصوص الشرع وما أجمع عليه الفقهاء. ولا يتطلب الأمر سوى إخلاص القائمين على هذا التجديد والمسؤولين في البلاد الإسلامية. =

الخاتمة

الفقه والتقدم الاجتماعي للمسلمين

إذا تطلعنا إلى المستقبل فإن هناك ملمحين أساسيين يسترعيان النظر في أنشطة المجددين التشريعية:

أولهما أن الصياغة التشريعية الحالية تبدو أسسها الفقهية مختلفة اختلافاً بيناً، وتمثل مزجاً متفاوتاً في الدرجة بين مقتضيات كل من الضرورة الواقعية والأحكام الدينية. وقد أدى اجتماع هذين العاملين الأساسيين في المرحلة الأولى من التجديد التشريعي إلى قيام ازدواجية واضحة المعالم في القانون. فقد دخلت القوانين الغربية بشكل مباشر في المجالين الجنائي والمدني عموماً، على حين استمرت السيطرة للأحكام الشرعية التقليدية في مجال الأحوال الشخصية غير أن الاتجاهات الأخيرة تميل إلى التخلص من هذا التباين الحاسم. ففي مجال المعاملات المدنية لقيت الأحكام الشرعية اهتماماً متزايداً بها. فالمزج بين العناصر الإسلامية والأجنبية هو الملمح البارز للقانون المدني العراقي[1] الصادر سنة 1953 م، حيث ترجع كثير من أحكامه إلى التقنين

(1) من أحدث القوانين المتأثرة باتجاه هذا القانون القانون المدني الأردني الذي صدر عام 1976 م. ويشير هذا الاتجاه بوضوح كامل إلى قدرة الفقه الإسلامي الكامنة على مسايرة التطورات الحديثة واتساع أحكامه لضبط أوجه التعامل المدنية. وتدل المراجعة السريعة لنصوص القوانين المدنية المعمول بها في البلاد الإسلامية والمأخوذة من القوانين الغربية ـ كالقانون المدني المصري الذي أشرف الدكتور عبد الرزاق السنهوري على إصداره ـ على حقيقة هامة في هذا الصدد، وهي أن =

الحنفي: «المجلة»، وإلى المؤلفات الفقهية التقليدية. على حين استفيدت أحكامه الأخرى الواردة في مثل مسائل التأمين وسائر عقود الغرر من المصادر الأوروبية تماماً[2].
كما أن القانون الأسري قد تأثر بدوره بالقيم والمعايير الغربية على نحو متزايد، حتى لتبدو أسسه الفقهية ـ إذا نظرنا إليها في جملتها ـ أكثر اختلاطاً منها في غيره، فالأحكام القانونية الخاصة بهذا المجال في أية مجموعة قانونية حديثة هي خليط من عناصر تقليدية وأخرى جديدة، وكانت هذه العناصر الجديدة نتيجة تعديل للأحكام التقليدية في بعض الأحايين، أو تفسير جديد للمصادر الشرعية الأساسية في بعضها الآخر، أو اعتراف صريح مباشر باحتياجات العصر في غير ذلك من الأحايين.

ومن ثم فقد كانت الأسباب الاقتصادية وحدها هي المستند لتبرير إلغاء الأوقاف الأهلية التي كان يجيزها نظام الوقف التقليدي إلغاء كاملاً فيما أخذت به سوريا سنة 1949 م [1269 هـ] ومصر بعد ذلك بثلاث سنوات. كما كانت الضرورة الاجتماعية هي المبرر لعدد من التجديدات الحديثة المتصلة بأكثر مجالات الشريعة استعصاء على التغيير من وجهة النظر التقليدية، وهو الميراث. ففي سنة 1945 م [1265 هـ] أجاز المنشور الشرعي السوداني الوصية للوارث في حدود القدر المعين شرعاً وهو ثلث التركة، مبرراً استحداث هذا الحكم برعاية شعور الموصين بالحاجة إلى تخصيص نصيب أكبر من التركة للضعاف من الورثة[3]. وفي الحقيقة فإن الفقه الاثني عشري قد

= أكثر أحكام هذه القوانين تجد مقابلاً لها في أحكام الفقه الإسلامي. وهذه نتيجة استقراء قمت به لأبواب الشركات والمقاولة وعقد العمل والرهن والهبة في القانون المشار إليه.

ولعل تلك الحقيقة هي التي يسرت إصدار هذه القوانين المدنية على أساس من أحكام الفقه الإسلامي، وهي التي تيسر صدور غيرها في بلاد إسلامية أخرى.

(2) يرى الدكتور السنهوري في كتابه «مصادر الحق في الفقه الإسلامي: 57/3 أن القانون العراقي قد حاول في عقود الغرر ـ أيضاً ـ التوفيق بين الاتجاهات الغربية وأحكام الفقه الإسلامي فيما أخذ به. وتضم عقود الغرر التأمين والمقامرة والمرتب مدى الحياة.

(3) يعارض هذا الحكم ذلك التحديد الدقيق لأنصباء الورثة في القرآن، حسبما جاءت به آيات المواريث من سورة النساء، كما يعارض نص قوله ﷺ: «إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث». وهذا الحديث قد رواه الشافعي في الأم: 27/4، وفي الرسالة بتحقيق الشيخ أحمد شاكر ص 140، والترمذي، وقال عنه «حديث حسن صحيح» وأحمد في المسند: 267/5. وأبو داود وابن ماجة والبيهقي والنسائي والدارمي.

وقد ذهب ابن حزم في المحلي: 316/9 ألى أن متن هذا الحديث متواتر. راجع تخريج هذا الحديث في الرسالة للشافعي بتحقيق الشيخ أحمد شاكر في الموضع المشار إليه. وهكذا لم يكن للقانون =

اتجه على الدوام إلى جواز الوصية للورثة، مع التعليل لذلك بأن حديث «لا وصية لوارث» محمول إما على إضافة عبارة «إلا في الثلث» وأما على ضرورة تفسيره بما يفيد عدم حرمة هذه الوصية، بل بما يفيدأنها لم تعد واجبة. وقد أشار قانون الوصية المصري الصادر سنة 1946 م [1366 هـ] عندما أخذ بهذا الحكم المستحدث إشارة خفيفة إلى مذهب الاثني عشرية، تبريراً لمسلكه في هذا الصدد. غير أنه لا يمكن لمجتمع سني أن يكون الأخذ المباشر لآراء فرقة مخالفةأساساً فقهياً مقبولاً لمثل هذا الحكم المستحدث، ومن ثم فليس من المستغرب ألا تأخذ الأقطار الأخرى بخلاف ما أجمعت عليه المصادر السنية التقليدية وألا يحكم بصحة الوصية للورثة ولو لم يوافق سائرهم، اللهم إلا في العراق، الذي يتفق أخذه بهذا الحكم مع حقيقة كون نصف سكانه في الأقل من الشيعة.

وينطوي قانون الميراث التونسي الصادر سنة 1959 م على اختلاف أعمق من ذلك مع طبيعة أحكام الميراث التقليدية. فقد ذهب هذا القانون إلى حجب الإخوة والأخوات من الميراث بالفرع الوارث مطلقاً، سواء كان مذكراً أو مؤنثاً. فطبقاً لترتيب العصبات المتفق عليه بين المذاهب السنية يرث الإخوة بالتعصيب في حال غياب الذكور من الفروع والأصول الوارثة. ولعل من الممكن القول بأن القانون فيما أخذ به قد وضع الروح العامة للتشريع القرآني موضع التطبيق. فمن أهم الاتجاهات التي جاء بها الإسلام ذلك الاتجاه الذي أراد إحلال وحدة الأسرة الضيقة محل الوحدة الاجتماعية الأوسع، وهي القبيلة ومع ذلك فقد أخفق الفقه القديم إلى حد كبير في تحقيق هذا الهدف بالنسبة للميراث في الأقل، نظراً لإبقائه على النظام القبلي العرفي الذي يعطى للعصبات من الذكور حقاً يفوق حق غيرهم[4]. غير أن مفهوم الأسرة

= السوداني ولا المصري الخروج على نص الحديث وإجازة الوصية لبعض الورثة بدون موافقة سائرهم.

(4) لا يصح تبرير ما أخذ به القانون التونسي بمثل هذا الاستدلال، فالحكم الفقهي القاضي بتوريث الإخوة بالتعصيب مع وجود الفرع الوارث المؤنث مستند إلى قوله ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الورثة فلأولى رجل ذكر». وهو الذي يتفق مع المصلحة؛ فإن الحكم الفقهي يجمع بين توريث الفرع المؤنث والإخوة معاً، بالقدر الذي تتسع له التركة، على حين لا يراعي القانون فيما أخذ به سوى مصلحة جانب واحد. ولا ينطلق الحكم الفقهي من مسايرة المفهوم القبلي العرفي الذي كان يقضي بعدم توريث الإناث مطلقاً، كما مر فيما سلف. والواقع أن أحكام الفقه لا ترفع من شأن العصبات، بل تؤخر استحقاقهم ـ طبقاً للحديث المذكور ـ إلى ما بعد استيفاء أصحاب =

باعتبارها مؤلفة من الزوجين وفروعهما هو الذي حدا بالقانون التونسي فيما يبدو إلى استحداث هذا الحكم، دون أن يبذل واضعوه محاولة من أي نوع لتقديم أية حجة أخرى تؤيد هذا الحكم، سوى حاجة المجتمع الملحة. ومن ذلك أخيراً أن تقنين أحكام الأسرة الباكستاني لسنة 1961 م قد عدل بشكل مباشر وعلى هذا الأساس نفسه أحكام الميراث التقليدية، ذلك حين أتى بمبدأ التنزيل الكامل لفروع الميت في الميراث محل أصولهم التي يدلون بها إليه. ومن ثم يبدو هذا الحكم الجديد في محل التعارض الكامل مع المنهج الذي اختطه القانون المصري في علاج المشكلة نفسها عن طريق الوصية الواجبة التي وجد لها أساساً فقهياًمقنعاً إلى حد كبير في المصادر الفقهية الثابتة.

وإذا نظرنا إلى الاعتراف الكامل بمصالح المجتمع واحتياجاته، على هذا النحو الذي ذهب إليه الفكر التشريعي في أحيان كثيرة باعتباره اجتهاداً حديثاً، فإن الذي يتضح لنا من ذلك أن مفهوم هذا النوع من الاجتهاد هو مفهوم مختلف إلى حد بعيد عن الاجتهاد الآخر الذي رأينا كيفية عمله فيما مر آنفاً لعلاج مشكلتي التعدد والطلاق - على سبيل المثال - حيث اعتمد المجددون في هذا الصدد على تفسيرات معينة لبعض التوجيهات القرآنية[5]، وباختصار فيبدو أن الفكر التشريعي الحديث لمّا يصلْ بعد إلى تحديد أسلوب منهجي لعلاج مشكلة احتكام الفقه التقليدي لظروف المجتمع الحالي. ونظراً لغياب أي أصل مطرد أو منهج متناسق لدى المجددين فإنهم عمدوا إلى تحقيق التجديد في الغالب بروح عملية تتوخى المصلحة وحدها.

أما الملمح الثاني للتشريع الإسلامي الحديث، فيما يتصل بتطوره المرتقب في المستقبل، فيتمثل في أن عدداً كبيراً من التجديدات الأساسية فيه إنما تبدو في النظرة العامة مجرد حلول مؤقتة أو تسويات جزئية. ولست أعني بذلك إنكار فعالية هذه التجديدات في حل المشكلات المباشرة التي تصدت لعلاجها، والذي أعنيه أن بعض هذه التجديدات مثل ذلك التقييد الجزئي لحق الرجل في التعدد والطلاق إنما تتبع حتماً

= الفروض حقوقهم. ولعل القانون قد أراد تحقيق المساواة بين الفرع المذكر والمؤنث في حجب الإخوة من الميراث تحقيقاً حرفياً. وفي هذا الإطار يصح فهم حجة القانون الوحيدة والمتمثلة في الحاجة الملحة للمجتمع، بل ومناقشتها كذلك. ويعد هذا الفهم المختل للتسوية بين غير المتماثلين في الواجبات مسؤولاً عن كثير من الاضطراب الفكري في مجتمعاتنا.

(5) يؤكد ذلك فهمه لطبيعة الاجتهاد الحديث الذي يدعو إليه، وأنه ينبغي أن يقوم على رعاية المصالح المفترضة للمجتمع. كما يؤكد اختلاف هذا النوع من الاجتهاد عن الاجتهاد بمعناه المحدد أصولياً. وهذا الاختلاف قد أشرت إليه في التعليق المدون آخر الفصل السابق.

الوجهة التي يمليها التقدم المنشود، ولا يمكنها إلا أن تمثل مرحلة متوسطة في سير المجتمعات الإسلامية على هذا الطريق. وكذلك تقف هذه التجديدات أحياناً موقفاً معارضاً إلى حد كبير للأحكام الشرعية التقليدية؛ فمثلاً ينطوي أخذ باكستان بقاعدة «التنزيل» في الميراث على نوع من النقض الكامل لذلك التوازن الدقيق الذي أقامته الأحكام الفقهية بشأن ترتيب أولويات استحقاق الورثة. إذ يقضي الأخذ بذلك ـ على سبيل المثال ـ إلى حجب بنت ابن الميت للإخوة من الميراث، مع أنهم غير محجوبين ببنت الميت ذاتها.

وتثير هذه التجديدات فيما تفضي إليه في أحيان أخرى مشكلات جذرية يتحتم إيجاد حل لها. من ذلك مثلاً أن الهدف النهائي من تقييد التعدد والطلاق، فيما يبدو بوضوح، هو تحقيق المساواة بين الجنسين. غير أن حق الرجل في هذين المجالين إنما ينبع في إطار الأحكام الشرعية التقليدية من المفهوم الأساسي للزواج، باعتباره عقد معاوضة يشترى فيه الرجل حق المعاشرة الجنسية نظير المهر الذي يدفعه[6]. ومن ثم

---

(6) وجه قاسم أمين بإشارة أستاذه محمد عبده، فيما يقال، هذا الانتقاد لما أورده بعض الفقهاء المتأخرين من تعريف للزواج بأنه عقد يرد على ملك المتعة قصداً، أو بأنه عقد يملك به الرجل بضع المرأة، مقرراً بُعْدَ مفهوم الزواج المستخلص من هذا التعريف عن مفهومه المتضمن في النصوص القرآنية. فقد قال الله تعالى. ﴿**ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة**﴾ سورة الروم، دالا بذلك على أن الغرض الاسمى للزواج هو حفظ النوع الإنساني، وأُنْسُ كل منهما بصاحبه، وشيوع المودة والرحمة بينهما. راجع في ذلك مبحث تعريف الزواج في كتاب الدكتور محمد بلتاجي: دراسات في أحكام الأسرة. وبشأن الدعوة إلى تغيير مفهوم الزواج الذي عبر عنه الفقهاء طبقاً لما نادى إليه قاسم أمين وردده المؤلف هنا فإننا نورد الملاحظات التالية:

(أ) هذا المفهوم المستفاد من تعريفات بعض الفقهاء المتأخرين للزواج لم يكن عاماً ولا سائداً في كتب الفقه جميعها، بل لا نجده إلا في بعض المؤلفات المتأخرة والتي ترجع إلى ما بعد القرن الخامس.

(ب) الذين وقعوا في هذا التعريف من الفقهاء اضطروا إليه بحكم الصناعة المنطقية التي تقضي بأن يكون التعريف جامعاً مانعاً.

(ج) يتضح المفهوم الحقيقي للزواج لدى الفقهاء من تحديداتهم للحقوق والواجبات الناشئة عنه، لا من تعريفهم المشار إليه.

ومن هذا يتأكد أن ما يثيره المؤلف ـ وغيره ـ بصدد وجوب تغيير المفهوم الفقهي للزواج أمر لا أساس له، إلا إذا اقتصرت هذه الدعوى على النظر في تغيير تعريف بعض الفقهاء المتأخرين لهذا العقد.

فإن الواجب فيما ترتضيه الأفهام المعاصرة، هو استبعاد التشريع لهذا المفهوم الأساسي العتيق إذا أراد إقامة أي نظام حقيقي للمساواة بين الجنسين. وأخيراً فإن جو الغموض الذي ما يزال يحيط بالصراع الأساسي بين الاتجاهين التجديدي والتقليدي قد تنبىء عنه الاضطرابات الأخيرة في العراق، ففي سنة 1959 م [1379 هـ] تبني قانون الأحوال الشخصية العراقي الصادر في هذا التاريخ نظاماً جديداً للميراث، لا يدين بشيء للأحكام الفقهية التقليدية، وإنما استمد أحكامه من التقنين العثماني الخاص بميراث الأراضي الأميرية والمأخوذ بدوره من القانون الألماني. وقد كان الهدف من القانون العراقي هو توحيد الأحكام المعمول بها على أساس قومي، حيث كان التباعد بين أحكام المذهبين الشيعي والحنفي عميق الجذور إلى الحد الذي يصعب معه التوفيق بينهما، فوضعت أحكام نظام أجنبي «محايد» موضع التطبيق، على اعتبار أن ذلك النظام هو الوحيد الذي يمكن أن يحظى بقبول أهل السنة والشيعة كليهما[7]. غير أن هذا القانون قد ألغى في فبراير سنة 1963 م [1383 م] وحل محله قانون آخر مستمد من الأحكام المعروفة في المذهب الشيعي.

ولقد أدى اعتماد النظر التشريعي الحديث على ذلك المنهج الفقهي الذي لا يستقر على ضوابط وقيود محدودة إلى أن صارت هذه التجديدات الأساسية بطبيعتها مثاراً لكثير من عواصف التبدل وعدم الثبات في التشريع الإسلامي المعاصر. وهكذا دب البلى إلى قلاع الفقه القديم، حتى لم يعد ترميمها ممكناً، ولكن لم يتيسر بعد لذلك البناء المتنافر الذي حل محلها أن يستند إلى مثل تلك الأسس الثابتة التي كانت لها، أو تتماسك لبناته كما تماسكت لبناتها.

وهذا أمر طبيعي لا يسهل تجنبه في ظروف التطور هذه. ويبدو أن التاريخ يعيد نفسه مرة أخرى، إذ يتشابه الموقف الذي يواجهه الإسلام الآن إلى حد بعيد مع الموقف الذي كان عليه أثناء تطور الدولة الأموية. فكما ظهر في تلك الأثناء عدم كفاية تشريع فترة المدينة ـ الذي تألف أساساً مما كانت عليه الأعراف العربية بعد تعديلها في ضوء المفاهيم القرآنية ـ في حل المشكلات التي واجهت هذه الامبراطورية الجديدة،

---

(7) لا يستند هذا التبرير إلى أي أساس منطقي، والواقع أن هذا القانون قد صدر في ظروف تسلط حكومة عبد الكريم قاسم التي فرضته على الشعب العراقي فرضاً، ولذا تم استبعاده بمجرد سقوط هذه الحكومة. فالاضطراب الذي يشير إليه المؤلف ليس اضطراباً منهجياً، بل هو اضطراب سياسي، سمح بوجود مثل هذه الحكومة، وأرخى لها العنان في فرض ما تشاء على الشعب.

فكذلك تعجز المقررات الفقهية الموروثة عن مواكبة الحركة التي تتطلبها الحضارة الغربية. ولا يخرج صنيع المجددين المحدثين في ضبط تدافع الأحداث عن أسلوب أسلافهم في العصر الأموي أيضاً، إذ انتهى الجميع إلى الأخذ ببعض المعايير التي أملاها الواقع وحتمتها الضرورة.

وفي القرن الثامن الميلادي استطاع التفكير الفقهي التقليل بشكل منهجي من الطابع العشوائي لنمو العمل القانوني الأموي ومن اختلاط الأعراف والمبادىء القرآنية والعناصر الأجنبية التي التقت جميعها في إطار نظام تشريعي إسلامي. ومن ثم فالسؤال الذي يطرح نفسه على نحو لا افتعال فيه إنما يدور حول قدرة التفكير التشريعي الحديث على الاضطلاع بدور مشابه كي يقوم باستيعاب هذا الخليط المتنافر من المواد التي تشكل الواقع القانوني الحالي، وبخلع الطابع الإسلامي عليها طبقاً لمنهج تشريعي واضح. وإذا أخذنا في الاعتبار نتائج الدراسة التاريخية لأحوال التشريع الإسلامي في الماضي فلعل بالوسع الآن أن نحدس بالشكل الذي قد يتخذه تطور هذا التشريع في المستقبل.

إن المشكلة الأساسية التي تواجه التشريع الإسلامي في الحاضر في أبسط تصوير لها هي المشكلة ذاتها التي واجهها دوماً، والتي تتمثل في الحاجة إلى تحديد العلاقة بين المعايير والقيم التي يمليها الإيمان الديني ومتطلبات الحياة المادية المحركة للمجتمع.

وقد تطرف البعض من أنصار النظرية الفقهية التقليدية فرأى الحل في الاحتكام إلى أوامر الشرع وحده والالتزام الحرفي بمبادئه التي تشكل منها بفضل جهود متلاحقة نظام شامل صارم من الواجبات والحقوق المهيمنة على سلوك المجتمع ومعاملاته[8]. وتطرف آخرون في الاتجاه المضاد فذهبوا إلى أن الحل ـ وهو ما أخذت به تركيا ـ إنما يتمثل في «العلمانية» التي تلجىء المعايير الدينية إلى مجال الضمير الفردي، والتي تمنح العوامل الاجتماعية وحدها السلطة الكاملة في تحديد شكل القانون وصياغته.

ولا يمكن أن يحظى أي من هذين الحلين بالقبول في التشريع الإسلامي الحديث، فإن الأول ليس بواقعي أبداً، كما أن الآخر غير إسلامي قطعاً. ومن ثم يتضح وجود الحل الصحيح في نوع من التوفيق بين هذين الحلين المتطرفين، أو بعبارة

(8) ليس هذا ـ في الحقيقة ـ تطرفاً؛ فقضية الالتزام بأوامر الشرع ترتبط أساساً بالإيمان. إذ يوجب القرآن ـ في مناسبات كثيرة ـ طاعة الله وطاعة رسوله فيما أمرا به ونهيا عنه، مبيناً أن من لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون الفاسقون الكافرون. أما اجتهادات الفقهاء فلم يقل أحد بوجوب تقليدهم فيها.

أخرى في مفهوم للقانون ـ بوصفه معياراً للسلوك والتعامل ـ يقوم في أساسه على تلك المبادىء الشرعية الثابتة التي لا يمكن تغييرها، دون إغفال مراعاة عامل التطور في هذا الإطار، ويسمح أيضاً بتبني تلك المعايير الوافدة التي قد يجد التفكير الفقهي الحديث أنها أولى بالأخذ من موروثاته المحلية الخاصة.

إن الدراسة التاريخية تبين لنا كيف تم بالتدريج أثناء عهود الإسلام الأولى استيعاب التوجيهات القرآنية في إطار الأعراف القانونية السائدة آنذاك والتنظيمات الإدارية للخلافة الأموية. وعندما أراد التفكير الفقهي بعد هذا إقامة منهج عام يضبط تلك الجوانب المختلفة فإنه قد حقق ذلك معتمداً على تفسير التوجيهات القرآنية تفسيرا مَرِناً متحرراً يستهدي الواقع العملي. وهذا هو الوضع الغالب على كل حال في عديد من المسائل المتعلقة بفقه الأسرة على سبيل المثال، وكذلك فإنه اعتمد في بعض القضايا على تفسير المبادىء القرآنية بقدر كبير من التزمت، كما حدث في موضوع الربا مثلاً.

وقد انتهى الأمر بهذه التفسيرات الفقهية وما نجم عنها من إضافات إلى التعبير عنها في صياغات ألبستها ثوب الأحاديث وأسندتها إلى التوجيه الإلهي. ولذا يصبح الواجب الأول على الفكر الفقهي المعاصر ـ وهو الذي تكررت الدعوة إليه في العصر الحديث ـ أن يضطلع بعبء تحقيق النصوص المنسوبة إلى الوحي الإلهي، وتحديد الأصول الثابتة منها. ويقتضي هذا بطبيعة الحال إعادة صياغة الموقف الجدير بالقبول من الأحاديث لا من حيث النظر في أمر صحتها فحسب. بل من حيث النظر في طبيعة حجية الثابت منها كذلك[9]. فإذا ما تم إنجاز ذلك التحقيق بكلا جانبيه تعين أن تشكل معطياته الأسس الرئيسية التي لا يمكن الخلاف حولها لأي نظام قانوني يرجى أن يكون تعبيراً عن الإرادة الإلهية.

ومما لا يمكن تجاهله في هذا الصدد أن بعض الأحكام القرآنية ـ كتلك التي توجب قطع اليد في السرقة ـ تثير في ظروف الحياة المعاصرة نوعاً من المشكلات التي لم

---

(9) يقترح المؤلف إعادة النظر في طبيعة الحجية، وهذا قد يؤدي إلى الأخذ ببعض الصحيح وترك ما هو صحيح أيضاً، وفي هذا ما فيه من التناقض مع القواعد الأساسية للشريعة، اللهم إلا إذا كان قصده التفريق بين ما كان من تصرفاته ﷺ بمقتضى الرسالة والتبليغ وبين ما كان من تصرفاته بمقتضى الإمامة والقضاء مما هو من قبيل تحقيق المصالح الخاصة بزمنه ﷺ، أو ما كان من قبيل الحكم في قضية معينة لا عموم لها. وليس هذا التصرف «من اللازم لجميع الأمة» من تعبير الدهلوي، وإنما اللازم هو ما صدر منه ﷺ بمقتضى الرسالة والتبليغ. مراجع: تصرفات الرسول ﷺ بالإمامة وصلتها بالتشريع الإسلامي. للدكتور أحمد يوسف ص 19. وما بعدها.

يتهيأ بعد إيجاد حلول لها[10]. غير أن الأحكام القرآنية تتخذ بوجه عام صيغة المعايير الأخلاقية مما يتيح لها أن تدعم الأبنية القانونية الحديثة، وهي في الوقت نفسه تتسع للعديد من التفسيرات بما يكفل لها الوفاء بالاحتياجات التي يمليها الزمان أو المكان.

وعلى هذه الأسس فلقد يبدو إمكان تحقيق التشريع الإسلامي ـ بطريقة عملية لا تنبو عن المفاهيم الحديثة ـ لنموذج الحياة الإسلامية، الفريد الأصيل، الذي يقوم على الاستجابة للأوامر الإلهية. وبعد أن يتخلص هذا التشريع من المفهوم التقليدي للقانون الديني الذي يتمثل في مجموعة من القواعد المتحكمة الجامدة فسيتهيأ له أن يتناول مشكلة العلاقة بين القانون والمجتمع بأسلوب جديد. وبدلاً من أن يبدأ كما كان يفعل دائماً منذ القرن العاشر، وحتى الآن، بالتساؤل عن التنازلات التي يمكن انتزاعها من القانون تلبية لحاجة المجتمع، فإنه على العكس من ذلك تماماً سوف ينطلق من محاولة تعيين القيود التي تفرضها الأحكام الدينية على نظام المجتمع[11].

ولئن بدا هذا التناول متضمناً لضرب من المفارقة أو الخروج الجذري على التراث الفقهي للماضي فإنه برغم ذلك لا يعدو أن يكون خروجاً على صيغة تقليدية معينة لتطبيق التشريع الإسلامي، لا على جوهره الأصيل. ولعل هذا التناول المقترح يقدم الأساس الواقعي الوحيد للتطور المرتقب للتشريع الإسلامي، كما أنه البديل الوحيد كذلك للإعراض التام عن الأخذ بفكرة القانون الديني القائم على الوحي. فالقانون الذي يبغي الاحتفاظ بدوره المطرد كقوة حية لا بد له أن يمثل روح المجتمع الذي ينظمه[12]. وليست العلمانية في أية صيغة لها بقادرة على أن تعكس روح

(10) ليس هناك من حل آخر سوى التقيد بما أوجبه النص القرآني عقوبة للسارق، يقول الله تعالى: ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالاً من الله**﴾ المائدة : 38. وهذا ما أخذ به قانون الحدود الباكستاني الصادر سنة 1979 م، دون أن يثير ذلك مشكلة، بل المشكلة إنما تثور في ظل عدم الأخذ بالأحكام القرآنية في المجتمعات المسلمة المطالبة بحكم إيمانها بهذا الدين بوجوب الخضوع لأحكام الله عز وجل وألا تجد في نفسها حرجاً مما تقضي به هذه الأحكام.

(11) لم يقم الفكر الفقهي في الواقع على مبدأ التساؤل عن التنازلات التي يمكن انتزاعها من القانون تلبية لحاجة المجتمع ومصالحه، وإنما قام بتعيين القيود التي تفرضها مبادىءالشرع على معاملات المجتمع. تدل على ذلك أصول وقواعد كثيرة. من بينها الأصل القاضي بأن الأشياء محكوم بحلها ما لم يرد التحريم، ومن بينها كذلك أصل مراعاة ما تقضي به المصلحة، وتحكيم الأعراف التي لم تشهد النصوص بضدها، وقواعد رفع الحرج ونفي الضرر. وكل ذلك يدل على أن المعاملات التي رآها الناس محققة لمصالحهم محكوم بحلها، ما لم يردهم الشرع عنها بتحريمها، نظراً لوجود مصلحتهم الحقيقية في هذا التحريم.

(12) لهذا وحده يجب أن يكون القانون المعمول به في البلاد المسلمة إسلامياً.

المجتمع المسلم المعاصر، وكذلك فإن الكتب الفقهية الموروثة عن العصور الوسطى لا تقل عنها عجزاً في هذا الصدد[13].

---

(13) تعرض المؤلف في هذه الخاتمة لرسم تصوره لتطور التشريع الإسلامي في المستقبل، منطلقاً من أن الاستمداد الكامل للقوانين الغربية لا يمكن أن يكون هو الحل الصحيح، وأن الوقوف عند تقليد الآراء الفقهية السابقة ليس هو البديل، ومستنتجاً من ذلك وجوب الاعتماد على نوع من الاجتهاد ـ هو الذي ناقشت أسسه في التعليق المدون آخر الفصل السابق ـ يتوخى التوفيق بين نصوص الشرع وبين ظروف العصر واحتياجات المجتمعات الإسلامية. ولما كان هذا الاجتهاد قائماً في رأيه على رعاية المصالح الاجتماعية بالدرجة الأولى فإن ذلك يقتضي قيام التفكير الفقهي بواجبين: أولهما نقد السنة لاستبعاد ما لم يصح ثبوته منها، والآخر إعادة النظر في أمر حجية ما صح منها. وهو بهذا المطلب الأخير يعود إلى موقف المستشرقين الثابت من السنة بعد أن كان قد تزحزح عنه قليلاً.

لقد وقع المؤلف في خطأ منهجي فادح، هو أنه لم يقدر التراث الفقهي للمسلمين حق قدره. ظهر ذلك في هجومه على منهج التخير من آراء الفقهاء في حدود ما تقضي به المصلحة، وانحيازه إلى ذلك «الاجتهاد الجديد» الذي ينفرد بالنصوص الشرعية لتبرير الاتجاهات العلمانية المسيطرة. فكأنه يدعو إذن إلى الانصراف الكامل عن هذا التراث، باستثناء تلك المبادىء الأخلاقية العامة التي نصحت بها نصوص الشرع. وليست هذه الصيغة هي التي يتوافر فيها للقانون أن يكون مرآة تعكس روح المجتمع وعقيدته، كما أنه ليس من الحكمة النصح بأن تتخلى أمة عن تراث لم توفق غيرها لمثله، استغناء بتراث أمة أخرى تخالفها في النظرة العامة للدين والحياة، أو انتظاراً لما يجيء به المستقبل من تجارب. وعلى الصعيد الواقعي فإن هناك بلاداً إسلامية كثيرة استطاعت في ظروف العصر الحاضر استلهام هذا التراث، وتقنين أحكام معاملاتها المدنية وقواعد حياتها الأخرى وفقاً لما هداها إليه.

ولم يكن القانون المدني العراقي الذي أشار إليه المؤلف إلا مثالاً واحداً لهذا الاتجاه. وترد الأنباء من مصر بأنها تجد في تغيير قوانينها وتقنين أحكام الشريعة لتطبيقها. وسيكون هذا تطوراً له ما بعده. ومن هذا يتضح أن التراث الفقهي ما يزال قادراً على أداء دوره.

إن تصورات المؤلف عن مستقبل التشريع الإسلامي نابعة من اضطراب صياغته القانونية السائدة. ومن أمر آخر، هو اعتقاده باستمرار خضوع المجتمعات الإسلامية لتلك السياسات القائمة على احتذاء مفاهيم الحياة الغربية. ومع ذلك فلا يخطىء الناظر إلى نشاط هذه المجتمعات وجود اتجاهات قوية تلح على وجوب التمسك بالأصول المنهجية للفكر الإسلامي في الميدان التشريعي، والخروج من حالة التبعية الفكرية لنتائج العقل الغربي في المجالات الأخرى، خاصة بعد حصول البلاد الإسلامية على استقلالها. وتزيد قوة هذه الاتجاهات بمرور الوقت وفشل غيرها في تحقيق الاستقرار السياسي والاجتماعي وبزيادة أعداد المؤيدين لها من الطبقات المتعلمة في البلاد الإسلامية. =

= وتدل هذه الشواهد المتنوعة على أن الاحتمال الأقوى الذي تفرضه العوامل الاجتماعية والثقافية المختلفة هو تطبيق أحكام الفقه بالإفادة مما تبلور منها في المذاهب المتعددة، مع تعديل هذه الأحكام في ضوء المبادىء العامة التي صدرت عنها في الأحوال الخاصة التي تستدعي ذلك. ومع ذلك فيجب الالتفات إلى تأكيد المؤلف على أمرين أساسيين في تحليلاته للواقع القانوني الحالي وتصوره للمستقبل. أولهما أن الخروج الكامل على أحكام التشريع الإسلامي واستمداد صيغة قانونية علمانية لا يمكن أن يكتب له النجاح في البلاد الإسلامية، حيث أن مثل هذه الصيغة لا تعكس روح المجتمع المسلم المعاصر وطريقة حياته التي يريدها لنفسه. والثاني أن الصياغات الفقهية القديمة لا تصلح بوضعها الموروث للتطبيق في ظروف المجتمعات المعاصرة، ويتعين البحث عن صياغات جديدة تحقق المصلحة في إطار النصوص الشرعية. واعتقادي أن التوفيق قد خالف المؤلف في هذا الإدراك الأساسي الذي يتفق فيه مع ما يرجوه كثير من المخلصين لمستقبل التفكير القانوني في البلاد الإسلامية.

تعليقات المؤلف

الباب الأول

الفقه في دور التكوين

الفصل الأول: التشريع القرآني

(أ) هذه هي وجهة النظر الإسلامية الأساسية، ونغفل هنا هذه التفريعات الناشئة من وجود بعض عناصر التعصيب النسوية في زمن النبي [ﷺ]. انظر.

Montgomery Watt, Muhammed at Medina, (Oxford, 1955), 378 ff, 292.

(ب) G. Bergestrasser الذي أثرت ملاحظاته حول ملامح التاريخ التشريعي الإسلامي الباكر على تلك الصورة التي يقدمها الفكر الغربي في هذا الصدد حالياً، واعتقاده أن إنهاء النظام القبلي كان هدفاً سياسياً أساسياً للنبي (ﷺ).

(ج) كان تحريم الربا في بعض ما أريد منه أمراً موجهاً بطبيعة الحال ضد اليهود. انظر:

Schacht, art. «Riba in Encyclopidia of Islam, First Edition; Watt, Muhammed at Medina, 296 f.

الفصل الثاني: الواقع التشريعي في القرن الأول الهجري:

(د) لدراسة التطور التشريعي الخاص بوضع أهل الذمة دراسة مستقصية، وتحليل ذلك تحليلاً مفصلاً انظر:

Antoine Farrale,Le Statut Legal des non - Musulmans en Pays d'islam (Beirut, 1958).

(هـ) أفضل دراسة لأحوال القضاة الباكرين هي تلك التي قدّمها الكندي لتاريخ الولاة والقضاة، وإن اقتصر فيها على أولئك الذين كانوا في مصر. وقد نشر Rhuvon Guest النص العربي سنة 1912 في سلسلة الدراسات التي صدرت في ذكرى الأستاذ Gibb وكثير من التفصيلات التي أوردتها في هذا الفصل مما يتعلق برسم ملامح التطور القانوني مأخوذة من هذا العمل.

(و) انظر:

R. Brunschvig, Considerations Sociologiques sur le droit musleman ancien in Studia Islamica, Fasc III (1956).

(ز) انظر: شاخت Origins, p.225 .

الفصل الثالث: نشأة أصول الفقه والمدارس الفقهية الباكرة

(ح) انظر السابق ص 153 وما بعدها.

(ط) انظر مقالة فرحات زيادة في:

American Journal of Comparative law, VI, No. 4 (October1957)

(ى) انظر:

E. Sachau , Zur altesten Geschischte des Muhammadanischen Rechts, 723.

ولمعرفة حياة الشيباني وجهده انظر

Dimitroff, Asch Schaibani (introduction)

وأيضاً:

O. Spies, un Grand Juriste:
Mohammad b. al - Hassan al - Shaibani.

وذلك في التقارير المنشورة لمؤتمر القانون الدولي الخامس (Brussel 1953).

الفصل الرابع: واضع علم الأصول: محمد بن ادريس الشافعي.

(ك) لمتابعة نص استدلال الشافعي انظر: ترجمة خدوري للرسالة في Islamic Jurisprudence صفحة 227 - 229.

(ل) انظر: شاخت Origins, 53 - 7 .

(م) السابق: صفحة 45 وما بعدها وصفحة 48.

(ن) على النحو الذي ترجمه شاخت في المرجع السابق ص 97.

الفصل الخامس: توقف مراحل النمو

(س) في موضوع تقسيم الأحاديث عموماً انظر:

Aghnides, Mohammadan Theories of Finance

المقدمة من ص 1 إلى 117.

وأيضاً: مقدمة علوم الحديث للحاكم النيسابوري نشر وترجمة James Robson (لندن 1953).

(ع) Origins, 201

(ف) للرجوع إلى النص انظر ترجمة ماجد خدوري لرسالة الشافعي Islamic Jurisprudence ص 141 - 145.

(ص) انظر ص 73 من هذا الكتاب.

الباب الثاني

الفقه في العصور الوسطى بين النظر والتطبيق

الفصل السادس: النظرية الأصولية التقليدية

(أ) ص 128.

(ب) ص 150.

(ج) انظر مثلاً:

Ostorog, The Angora Reform, 31.

وأيضاً:

Montgomery Watt, Islam and the Integration of Society (London, 1961) 243, 207.

(د) لدراسة هذا الجانب من التشريع الإسلامي انظر مقالتي:

Doctrine and Practice in Islamic Law, in BSOAS, XVIII/2 (1956)

الفصل السابع: الاتفاق والاختلاف في الفقه

(هـ) انظر الترجمة الفرنسية التي قام بها G.H.Bosquet ملخصاً بعض كتابات جولدتسبهر، وذلك في:

Etudes Islamologiques d, Ignaz Goldziher (Leiden 1962), 52 - 6.

(و) انظر ص 100 من هذا الكتاب.

(ز) انظر مثلاً فايزي Outlines of Muhammadan Law, 19

وأيضاً عبد الرحيم . Muhammadan Jurisprudence, 163

(ح) انظر أندرسون:

The Maliki Law of Homicide Gaskiya corporation, Zaria, Nigeria.

(ط) انظر ص 75 من هذا الكتاب.

(ى) انظر شاخت

Sur la transmission de la doctrine dans les ecoles juridiques de l'Islam, in Annales de l'Institut d'Etudes orientales, Algiers, X, 1952.

(ك) انظر ص 55 من هذا الكتاب.

(ل) انظر ص 181 من هذا الكتاب.

(م) لمعرفة بعض جوانب هذه المسألة انظر مقالتي

The Doctrine and Practice in Islamic Law, in BSOAS, XVIII/2 1956, 225.

(ن) انظر ص 241 من هذا الكتاب.

(س) انظر 121 من هذا الكتاب.

(ع) انظر مقالة Edmond Cahn بعنوان: A lawyer Looks at Religion المنشورة في: TheologyToday عدد: 15 أبريل 1958 ص 103.

الفصل الثامن: النظم الفقهية للفرق في الإسلام

(ف) انظر شاخت Origins, P.260.

(ص) المرجع نفسه.

(ق) لمعرفة الجانب الكلامي من معتقدات هذه الفرق انظر:

M. Watt, Islamic Philosophy and Theology (Edinburgh, 1962)

وخاصة صفحات 20 - 26, 50 - 56, 99 - 104.

(ر) المرجع السابق ص 53.

(ش) شاخت Origins, 267.

الفصل التاسع: الحكومة الإسلامية والفقه

(ت) انظر مقالتي:

Doctrine and Practice in Islamic Law, BSOAS, XVIII/2 (1956), 211.

(ث) المرجع السابق ص 219.

(خ) مع أن أبا يوسف المتوفي سنة 799 م تناول بعض مسائل القانون العام في كتابه الخراج فإن الماوردي المتوفي سنة 1057 م قدم أول معالجة منهجية مستوعبة للموضوع في كتابه الأحكام السلطانية. ولقد كان العالم الحنبلي ابن تيمية المتوفي سنة 1338 م والفقيه المالكي ابن فرحون المتوفي سنة 1338 م من أبرز المؤلفين الذين كتبوا في موضوعات القانون العام.

(ذ) تترجم كلمة شرعية غالباً إلى revelational أو Scriptual أكثر من ترجمتها إلى كلمة Legal.

(ض) عبارة الونشريسي وهو فقيه مالكي توفي في فاس سنة 1507 م وكان كتب في موضوعات القانون العام - ترجمها Brunot إلى الفرنسية مع بعض التعليقات في:

Le Livre des magistratures d'el Wancherisi, (Rabat 1937).

(ظ) انظر Brunot and Demombynes op. cit. 18.

(غ) انظر مقالتي:

The State and the Individual in Islamic Law, in the International and Comparative Law, Quarterly, January, 1957.

الفصل العاشر: الفقه والمجتمع الإسلامي

(أ 2) انظر:

Bousquet, Justice Francaise et coutumes kabyles (Algiers 1950), 43 f.

(ب 2) انظر:

Bousquet, Du droit musulman et de son application effective dans le monde (**Algiers, 1949, 91 f.**

(ج 2) أندرسون: Islamic Law in Africa, Index.

(د 2) انظر:

Ettor Rossi, Customary Law of the Arab **Tribes of Yemen, in RSO(1948).**

(هـ 2) شاخت:

La Justice en Nigerie du Nord et le droit musulman, in Revue algerienne... de legislation et de Jurisprudence, No. 2 (1951), 37 f.

(و 2) انظر:

Bousquet, Islamic Law and Customary **Law in French,** North Africa (a printed lecture delivered in the University of London, (1945).

(ز 2) انظر بحث R.J.Wilkinson الموسوم بعنوان «القانون» ضمن سلسلة مقالات حول موضوعات تتصل بالملايو Malay (Kuala Lumpur 1908) ص 54.

(ح) 2) انظر ص 134 من هذا الكتاب.

(ط 2) نقلها المحمصاني في كتابه فلسفة التشريع الاسلامي، وهي منقولة من الترجمة الانجليزية لهذا الكتاب، تلك التي أعدها فرحات زيادة ص 116.

(ي) يرجع الفضل إلى L.Milliot في اكتشاف هذه الظاهرة في التشريع الاسلامي وتحليلها. انظر مقدمته:

à l'étude du droit musluman, 167 - 178.

ويوجد تلخيص لهذا الموضوع ولمكانة العرف في التشريع الاسلامي عموماً في مقالتي: Muslem Custom and Case Law المنشورة في **The world of Islam** عدد 6 (1959 م) صفحة 13 وما بعدها.

(ك) انظر العمل الكاشف في هذا الموضوع لصاحبه:

Berque, Essai sur la **méthode** Juridique **maghrébine**, (Rabat, 1944)

الباب الثالث

الفقه الاسلامي في العصر الحديث

الفصل الحادي عشر: التأثير الأجنبي والاخذ من القوانين الأوروبية

(أ) للنظر في دور التقنين في الشرق الأوسط بشكل عام ارجع للتقرير الذي قدمه G. Tedeschi إلى المؤتمر الدولي الخامس للقانون المقارن، الذي انعقد في بروسل سنة 1958 م، وعنوان هذا التقرير:

The **Movement** for Codification in the **Muslem Countries: Its Relationship** with **Western Legal Systems.**

(ب) انظر:

Anderson, the Sharia and Civil law. (the debt owed by the new civil codes of Egypt and Syria to the Shari's) in Islamic Quarterly, (1954) 29 - 46.

(ج) انظر ص208 فيما سبق. وأيضاً:

Bousquet , Du droit muslman et de son application effective **dans le monde** (Algiers, 1949). 77 f.

(د) انظر:

Anderson, «**The Modernisation of** Islamic Law in the Sudan» in The Sudan **Law Journal and Reports** (1960).

(هـ) انظر:

Schacht, «Problems of Modern Islamic Legislation» in the Studia Islamica, Fasc, XII (1960) 123.

(و) انظر:

Anderson, conflict of Laws in Northern Nigeria, in the **Journal of African Law, 1, No. 2 (1957).**

(ز) انظر:

A. Gledhill, «The penal Codes of Northern Nigeri and the Sudan (Stephens, London, 1963) ch. 23.

(ح) انظر:

Sauser - Hall, la reception des droits européens en **Turquie, Extrait** du recueil de travaux **publié** par la faculté de l'universite de **Genève** (1938), 31 f.

(ط) قضية حسان وجعفر عبد الرحمن ضد سنوسي محمد سر الخاتم في سنة 1960 . وقد كانت هذه القضية وغيرها مما له صلة بتحديد العلاقة بين القانون المدني والعرف وأحكام الشريعة في السودان موضوع دراسة قام بها C. d'Olivier Farran بعنوان A case note المنشورة في:

The Sudan Law Journal and Reports (1960).

بإشراف كلية الحقوق جامعة الخرطوم.

الفصل الثاني عشر: تطبيق الشريعة في البلاد الإسلامية في الوقت الحاضر

(ى) لمتابعة هذا الملمح وغيره من ملامح القانون الأنجلو اسلامي التي أشير إليها في هذا الفصل ارجع إلى الكتاب الدراسي الأساسي في الموضوع الذي كتبه فايزي بعنوان: . Outlines of Muhammadan **Law (Oxford, (1955)**

(ك) انظر:

Mahmud, Muslem Law of Succession and Administration (Pakistan Law House, Karachi. 1958).

(ل) انظر:

Anderson , «Waqfs in East Africa» in the **Journal of African Law,** III, No. 3 (1959), 132 - 164.

وانظر أيضاً أحدث قرارات المجلس السامي في هذا الصدد في قضية:

Riziki Binti Abdullah V. Sharifa Binti Mohammad Bin **Hamid, Privy** Council Appeal No. 63 of 1960.

(م) انظر أندرسون

«A Law of Personal Status for Iraq», in the International and Comparative Law Quarterly(October 1960) 550.

(ن) انظر فايزي الكتاب المشار إليه آنفاً ص 104 وما بعدها.

(س) انظر:

Roussier,«Dispositions nouvelles dans le statut Successoral en droit tunisien» in Studia Islamica, Fasc.XII 1960, 138.

(ع) انظر شاخت:

Islamic Law in Contemporary states» in the American Journal of Comparative Law, 1959, 164 f.

(ف) انظر أندرسون:

Islamic Law in the Modern World, 38.

الفصل الرابع عشر: الاجتهاد الجديد

(ص) انظر لاوست:

Essai sur les doctrines.. . de Ibn Taimiya (Cairo 1939), 228.

(ق) انظر:

Roussier, «L'ordonnance du 4 Février 1959 sur le mariage et le divorce des Francais de statut local algerien» in Recueil Sirey (April 1959) Chronique.

(ر) انظر أندرسون:

«Muslim Marriages and the Courts in East Africa» in the journal of African Law, In No. I, 1957.

(ش) انظر أندرسون:

The personal Law of the Druze Community», in The World of Islam, II, (1952), 83 f.

الفهرس

الباب الثالث

التشريع الإسلامي في العصر الحديث